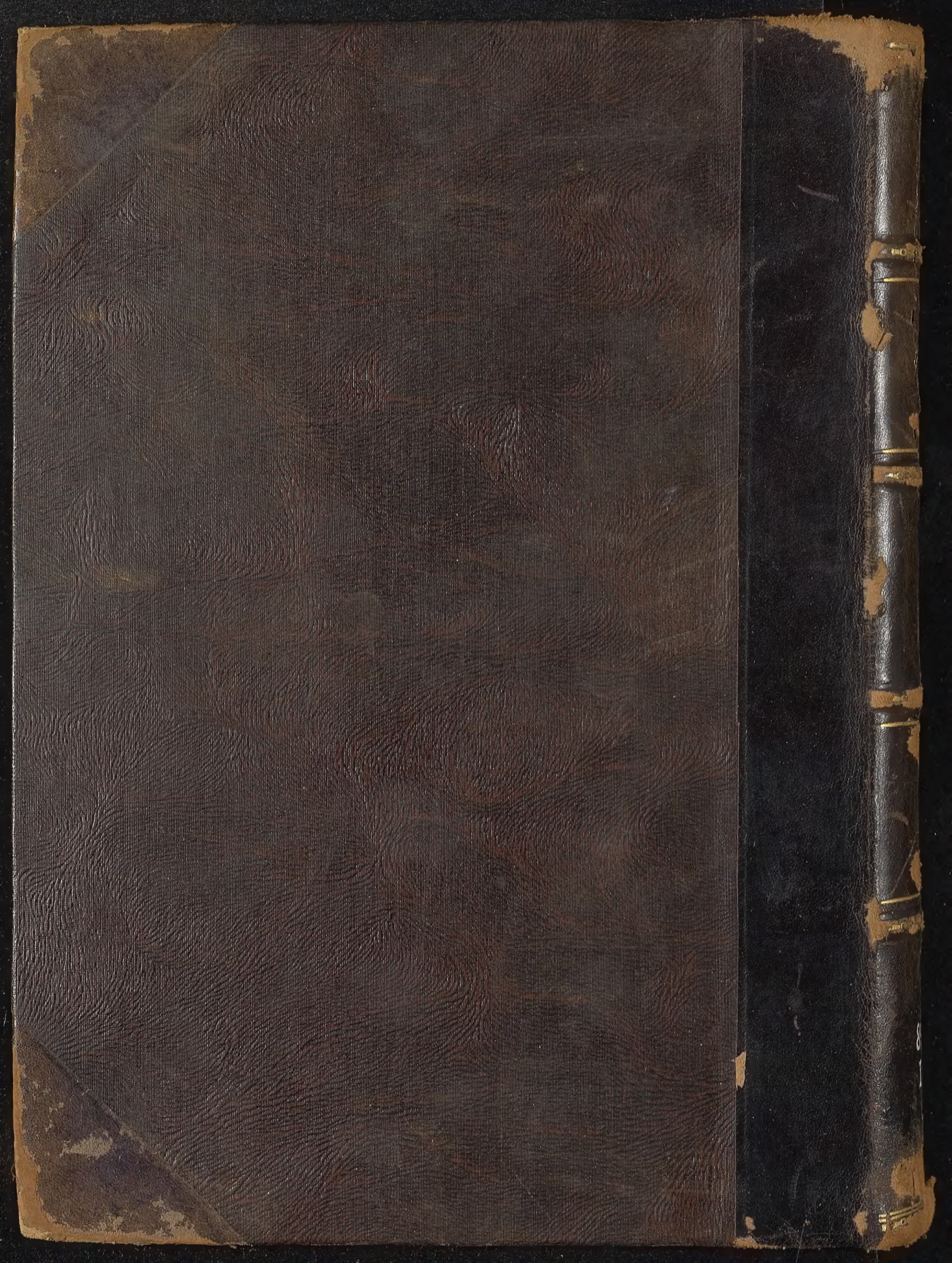
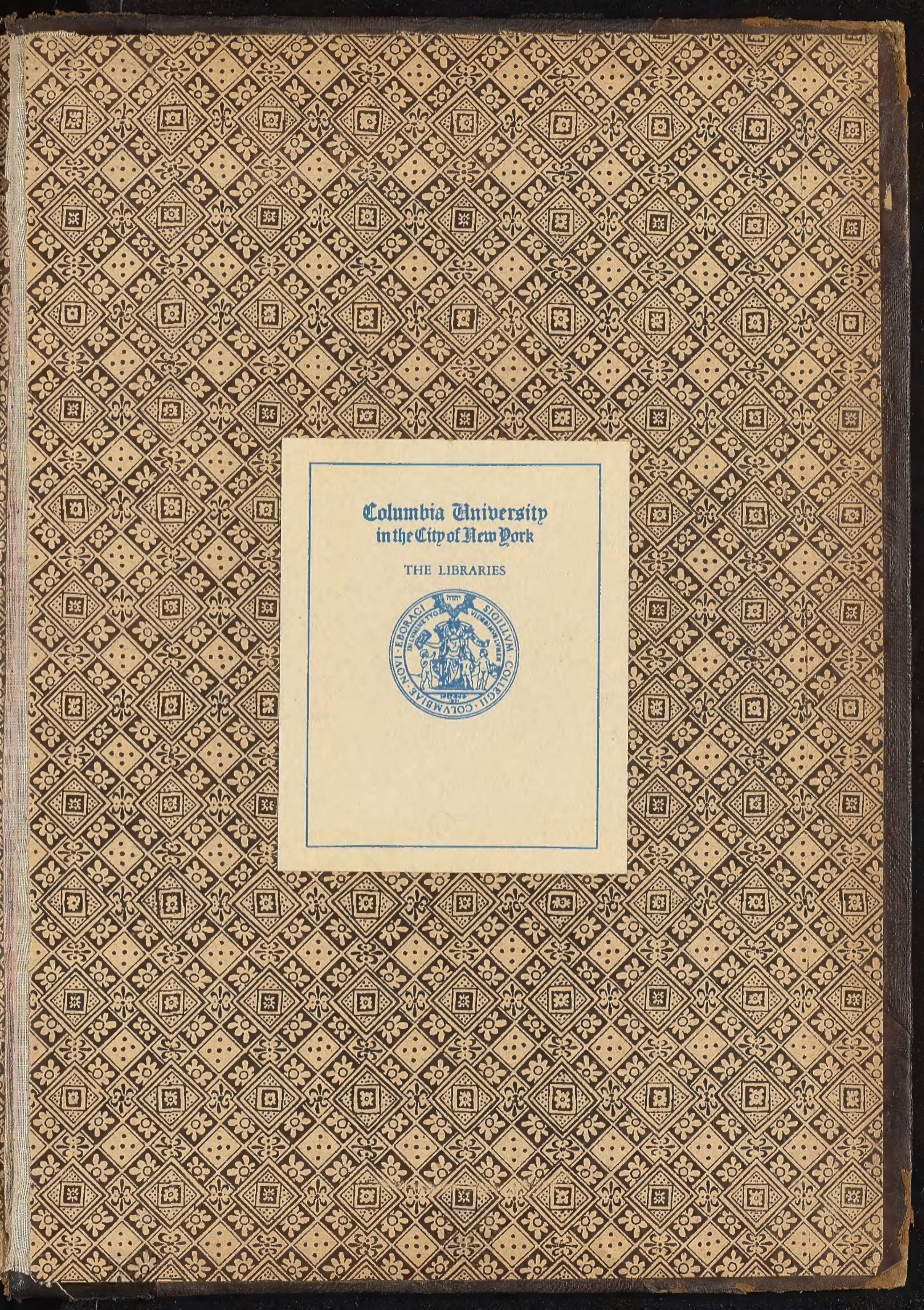
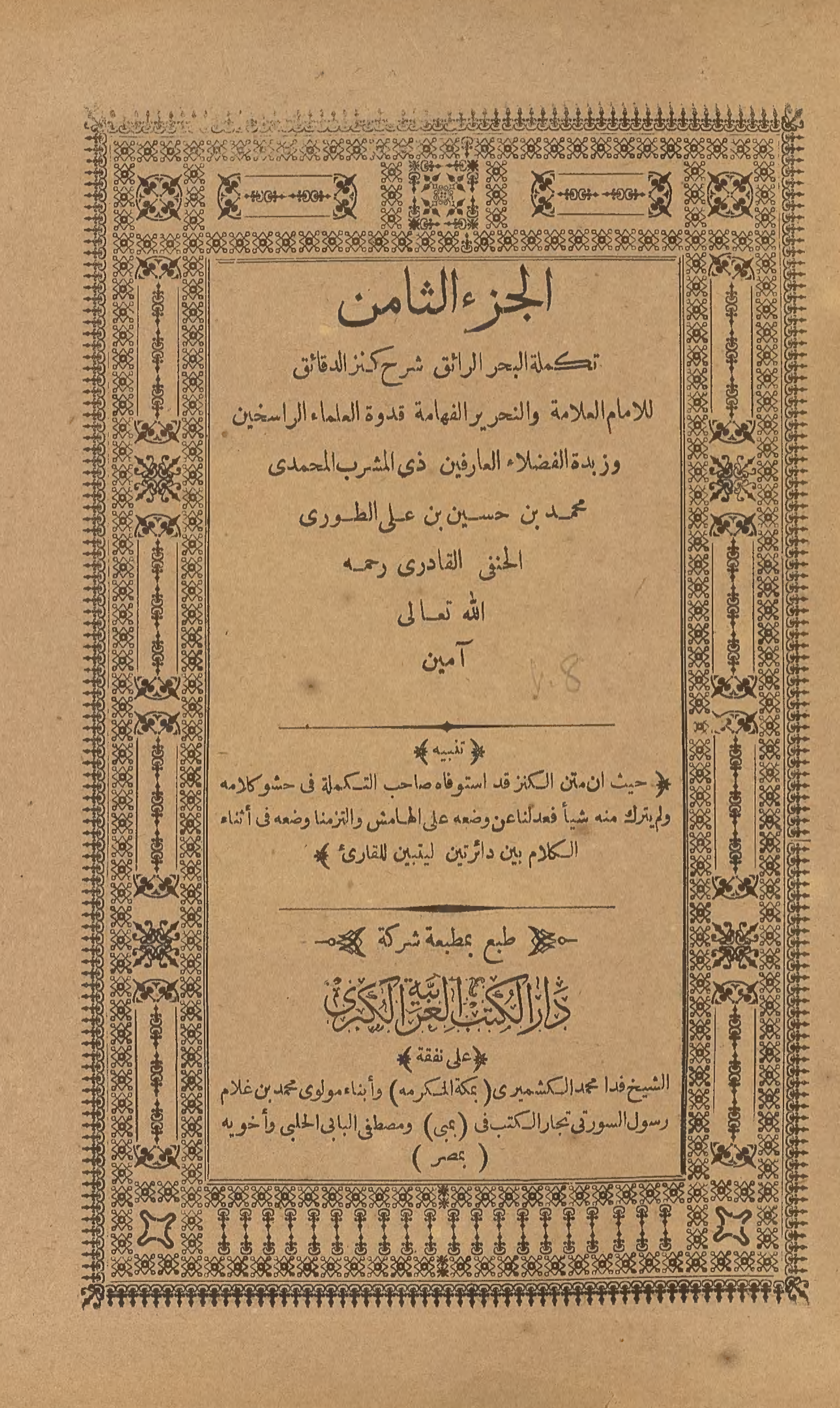



Columbia University
in the City of New York
THE LIBRARIES





الجزء الثامن

تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق

للامام العلامة والنحرير الفهامة قدوة العلماء الراسخين

وزبدة الفضلاء العارفين ذي المشرب المحمدى

محمد بن حسين بن على الطورى

الحنفى القادرى رحمه

الله تعالى

آمين

﴿ تنبيه ﴾

﴿ حيث ان متن الكنز قد استوفاه صاحب التكملة فى حشو كلامه ولم يترك منه شيأ فعدلنا عن وضعه على الهامش والتزمنا وضعه فى أثناء الكلام بين دائرتين ليتبين للقارئ ﴾

طبع بمطبعة شركة

دار الكتب العربية الكبرى

﴿ على نفقة ﴾

الشيخ فدا محمد الكشميرى (بمكة المكرمه) وأبناء مولوى محمد بن غلام رسول السورتى تجار الكتب فى (بمبى) ومصطفى البابى الحلبى وأخويه (بمصر)

فلولا نفر من كل فرقة منهم
طائفة ليتفقهوا في الدين

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿كتاب الاجارة﴾

لما فرغ من بيان تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى بيان تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاول على الثانى لأن الاعيان مقدمة على المنافع ولأن الاولى فيها عدم العوض والثانية فيها العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفعل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارة متصلا بفعل الصدقة وقال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى أنها حقيقة وذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على الاعيان كاستئجار الدور والأراضى ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو الخياطة والقصارة اه وسيبين المؤلف أن المنفعة تارة تصير معلومة ببيان المدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة ولو قال المؤلف كتاب الايجار لكان أولى لان الذى يعرف هو الايجار الذى هو بيع المنافع لا الاجارة التى هى الاجرة قال رحمه الله تعالى ﴿هى بيع منفعة معلومة باجرة معلومة﴾ فقوله بيع جنس يشمل بيع العين والمنفعة وهو وان كان جنسا كما يكون مدخلا يكون مخرجا كما تقرر فى المعقولات فخرج به العارية لانها تمليك المنافع والنكاح لانه تمليك البضع ليس بمنفعة وخرج بقوله منفعة بيع العين وقوله باجرة معلومة تمام التعريف ولا يخفى أن بيع مصدر باع والمصدر هو المعنى القائم بالذات وجاز أن يراد به اسم المفعول وهو المبيع وسواء أريد المصدر أو اسم المفعول لا يصلح ماذكر تعريفا للايجاب لان الايجاب والقبول والارتباط غير المعنى المصدرى واسم المفعول فهذا تعريف ببعض الخواص ولو أراد التعريف بالحقيقة لقال هو عقد يرد على بيع الى آخره واحترز بذكر المعلوم عما اذا اشتمل العقد على بيع معلوم وأجرة معلومة وشئ مجهول بان استأجر عبدا مائة معلومة باجرة معلومة وطعامه وكسوته وهذا لا يجوز للجهالة كذا فى الخلاصة وانما لا يصح البيع من غير أن يملك الرقبة ولو ملك المنفعة قال فى الذخيرة وقف على قوم معينين فاجرهم القيم الوقف جاز لانهم لا حق لهم فى الرقبة وانما حقهم فى الغلة فصاروا فى حق الرقبة كالاجانب الا أنه يسقط حصة المستأجر من الاجرة لانه لو أخذ منه يسترده وفى القنية لو أجر القيم نفسه للعمل فى الوقف فعمل يستحق الاجرة وبه يفتى ولو عمل من غير عقد يستحق الاجرة وعليه العمل والكلام فى الاجارة فى مواضع الاول فى معناها لغة قيل هى بيع المنافع قال العينى وفيه نظر قال قاضى زاده قولهم الاجارة فى اللغة بيع المنافع قال الشارح العينى فيه نظر لأن الاجارة اسم للاجرة وهى ما أعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قال قاضى زاده والنظر المذكور وارد لأن المذكور فى كتب اللغة انما هو الاجارة التى هى اسم الاجرة والذى هو بيع المنافع الايجار لا الاجرة قال العينى وتجوز أن تكون الاجارة مصدرا قال قاضى زاده ولم يسمع فى اللغة أن الاجارة مصدر وفى

المضمرات يقال أجره اذا أعطاه أجرته والاجرة مايستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال آجرك الله وعظم الله أجرك وفى كتاب العينى أجره مملوكى وآجره ايجارا فهو مؤجر وفى الاساس أجرنى داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجر فانه خطأ وقبيح قال وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل اه وأما دليلها من الكتاب فهو قوله تعالى حكاية عن شعيب على أن تأجرنى ثمانى حجج وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله علينا من غير انكار ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه ومن الأجماع فان الامة أجمعت على جوازها وسبب المشروعية الحاجة لان كل انسان لا يجد مايشترى به العين فجوّزت للضرورة وأما ركنها فهو الايجاب والقبول والارتباط بينهما وأما شرط جوازها فثلاثة أشياء أجر معلوم وعين معلوم وبدل معلوم ومحاسنها دفع الحاجة بقليل المنفعة وأما حكمها فوقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة وأما ألفاظها فتنعقد بلفظين ماضيين أو يعبر بأحدهما عن الماضى والآخر عن المستقبل كقوله أجرتك وأعرتك منفعة دارى سنة بكذا وتنعقد بالتعاطى كما فى البيع وفى التتارخانية وتنعقد الاجارة بغير لفظ كما لو استأجر دارا سنة فلما انقضت المدة قال ربها للمستأجر فرّغها اليوم والا فعليك كل شهر بألف درهم فتجعل فى قدر ماينقل متاعه باجرة المثل فان سكن شهرا فهى بما قال المالك الى آخر ماذكر وصفتها انها عقد لازم وفى العناية ويثبت فى الاجارة خيار الشرط والرؤية والعيب كما فى البيع اه وأفاد المؤلف ان عقد الاجارة ينعقد باقامة العين مقام المنفعة ولهذا أضاف العقد الى المنافع فلا تجوز بان قال أجرتك منافع دارى بكذا اشهرا وانما يصح اضافته الى العين والمراد من المنفعة أن تكون مقصودة من العين فلو استأجر ثيابا ليبسطها ولا يجلس عليها ولا ينام أو دابة ليربطها فى داره ويظن الناس أنها له أو ليجعلها جنيبة بين يديه أو آنية يضعها فى بيته يتجمل بها ولا يستعملها فالاجارة فى جميع ذلك فاسدة ولا أجرة له لان هذه المنفعة غير مقصودة كذا فى الخلاصة فى الجنس الثالث من الدواب كما فى البيع اه قال رحمه الله ﴿وما صح ثمنا صح أجرة﴾ لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ثم ان كانت الاجرة عينا جاز أن يكون كل عين بدلا عن المبيع ولا ينعكس حتى صح أجرة مالا يصح ثمنا كالمنفعة فانها لا تصح ثمنا وتصح أجرة اذا كانا مختلفى الجنس كما سيأتى وفى الجوهرة ولو كان عبد بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من شريكه على أن يخيط معه شهرا على أن يخدم الآخر فى الشهر الثانى لم يجز من جهة أن النصيبين فى العبد الواحد متفقان فى الصفقة ولو كان فى العبدين جاز اه وان كانت الاجرة دراهم أو دنانير لا بد من بيان القدر والصفة وانه جيد أو ردىء وان كانت النقود مختلفة انصرفت الى غالب نقد البلد وان كانت الاجرة مكيلا أو موزونا يحتاج الى بيان القدر والصفة ومكان الايفاء هذا اذا كان له حمل ومؤنة عند الامام والا فلا يحتاج الى بيان مكان الايفاء وان كانت ثيابا أو عروضا فالشرط بيان القدر والاجل والصفة لانه لا يثبت فى الذمة الا بهذا هذا اذا لم يكن مشارا اليه وفى الهداية ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان التى ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة تصلح أجرة ولا تصلح ثمنا كما اذا استأجر دارا بثوب معين فانه لا يصلح ثمنا لما تقرر فى كتاب البيوع اذا الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم والدنانير ومبيع محض كالاعيان التى ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيل والموزون قال فى العناية وفيه نظر لان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فاذا لم تصلح العين ثمنا كان بيعا بلا ثمن وهو باطل وأجيب بأن المراد بالثمن ما ثبت فى الذمة واذا كانت الاجرة فلسا فغلا أو رخص قبل القبض فالاجرة الفلس لا غير وان كسدت فعليه قيمة المنفعة كذا عن أبى يوسف وكذا اذا كان الثمن مكيلا أو موزونا فانقطع عن أيدى الناس اه وأما اذا كانت حيوانا لا يجوز الا اذا كان معينا قال رحمه الله ﴿والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة﴾ أى مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة أو قصرت أو تأخرت بأن كانت مضافة أو تقدمت بأن كانت متصلة بوقت العقد ولان المنافع لا تصير معلومة الا بضرب المدة وقال بعضهم لا يجوز أن يضرب الى مدة لا يعيش اليها عادة لأن الغالب كالمتحقق فى حق الاحكام فصار كالثابت بعد فلا تجوز وبه كان يفتى القاضى أبو عصمة وبعض العلماء يجوز ضرب المدة التى لا يعيش الى مثلها ومنهم الخصاف قال فى الخانية رجل قال لآخر أجرتك دابتى غدا بدرهم ثم أجرها اليوم وغدا وبعد غد من غيره ثلاثة أيام فجاء الغد وأراد المستأجر الاول أن يفسخ الاجارة الثانية اختلف أصحابنا فى رواية يفسخ الاجارة الثانية وبه أخذ نصير وفى رواية ليس له أن يفسخ وبه أخذ الفقيه أبو جعفر والفقيه

أبو الليث وشمس الائمة الحلوانى وعليه الفتوى فيستوفى الاوّل مدته والثانى مابقى له وفى الولوالجية أجر داره اجارة مضافة بأن قال أجرتك دارى مدة شوّال وهما فى رمضان ثم باعهامن آخر فالبيع موقوف على اجازة المستأجر وفى الخلاصة أجرتك دارى غدا فللمؤجر بيعها اليوم وتنتقض الاجارة قال رحمه الله ﴿ولم تزد فى الاوقاف على ثلاث سنين﴾ يعنى لايزاد على هذه المدة خوفا من دعوى المستأجر أنها ملكه اذا تطاولت المدة وذكر بعضهم الحيلة فى جواز الزيادة على ثلاث سنين أن يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب فى الكتاب ان فلان بن فلان استأجر وقف كذا كذا سنة فى كذا كذا عقدا وذكر صدر الاسلام أن الحيلة فيه أن يرفع الامر الى الحاكم حتى يجيزه هذا اذا لم ينص الواقف على مدة فلونص الواقف على مدة فهو على ماشرط قصرت المدة أوطالت لان شرط الواقف براعى كذا نقله الشارح وفى الخانية وان كان الواقف شرط أن لايؤجر أكثر من سنة يجب مراعاة شرطه ولايفتى بجواز هذه الاجارة أكثر من سنة زاد فى الذخيرة الا اذا كانت اجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء فحينئذ تؤجر أكثر من سنة أن لم يشترط الواقف شيأ قال الفقيه أبوجعفر أجوّزها فى الثلاثة ولاأجوّزها فى أكثر من ذلك والصدر الشهيد حسام الدين كان يقول يفتى فى الضياع بالجواز فى ثلاث سنين الا اذا كانت المصلحة فى عدم الجواز وفى غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيمازاد على سنة الا اذا كانت المصلحة فى الجواز وهذا أمر يختلف باختلاف الزمان والمواضع والمراد بعدم الجواز عدم الصحة وقيل تصح وتفسخ ذكره النسفى واجارة الوقف ومال اليتيم لايجوز الا باجر المثل فلوأجر بدون أجرة المثل يلزم المستأجر تمام الاجرة وعليه الفتوى كذا فى قاضيخان واذا استأجر الوقف فرخصت الاجرة لا تفسخ الاجارة وان زادت أجرة مثلها بعد مضى بعض المدة ذكر فى فتاوى أهل سمرقند أنه لايفسخ العقد وذكر فى شرح الطحاوى أنه يفسخ العقد ويجدد على مازاد ولو كانت الارض بحال لا يمكن فسخها بان كانت مزروعة لم تحصد فمن وقت الزيادة تجب الى انتهاء المدة هذا اذازادت عند الكل قال فى شرح الطحاوى أما فى الاملاك لايفسخ العقد برخص أجرة المثل ولابزيادته باتفاق الروايات وفى التتارخانية فى باب من يجب الاجر الجارى سئل عمن أجر منزلا لرجل والمنزل وقف على الآخر وعلى أولاده فانفق المستأجر فى عمارة المنزل بامر المؤجر قال ان كان للمؤجر ولاية على الوقف كان على المستأجر أجرة مثله ولايرجع بما أنفق وان لم يكن له ولاية على الوقف كان متطوّعا ولايرجع بشئ اهـ وقد وقعت حادثة الفتوى فى واقف شرط فى كتاب وقفه أن لايؤاجر وقفه من متجوه ولا من ظالم ولا من حاكم فاجر الناظر الوقف منهم وعجلوا الاجرة قدر أجرة المثل هل يجوز هذا العقد لان الواقف انما منع خوفا على الاجرة من الضياع وعدم حصول النفع للفقراء أولايجوز فأجيب بالجواز أخذا من قول صاحب الوجيز اذا شرط الواقف مدة وان كان نفع الفقراء فى غيره يخالف شرط الواقف ويؤجره بخلافه قال رحمه الله ﴿أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته﴾ يعنى المنفعة تعلم بالتسمية فيماذكر من الصبغ والخياطة كماذكر المؤلف وكذلك استئجار الدابة للحمل والركوب ولانه اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر مايصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والمخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بلاشبهة فصح العقد ومن هذا النوع الاستئجار على العمل كالقصارة ونحوه وبه يعلم فساد اجارة دواب العلافين فى ديارنا لعدم بيان الوقت والموضع قال رحمه الله ﴿أو بالاشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام الى كذا﴾ يعنى تكون المنفعة معلومة بالاشارة كماذكر لانه اذا علم المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة وهذا النوع قريب من النوع الاول قال رحمه الله ﴿والاجرة لاتملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه﴾ يعنى الاجرة لاتملك بنفس العقد سواء كانت عينا أودينا وانما تملك بالتعجيل أو بشرطه أو باستيفاء المعقود عليه وهى المنفعة أو بالتمكن من الاستيفاء بتسليم العين المستأجرة فى المدة اهـ كلام الشارح والظاهر من اطلاق الماتن والشارح أن الاجرة تملك بالتمكن من الاستيفاء فى المدة سواء استعملها فى المدة أولا ويخالفه مافى الخلاصة حيث قال استأجر دابة ليركبها الى مكان كذا مثلا فحبسها فى بيته لم تجب الاجرة اهـ والظاهر من اطلاق المؤلف رحمه الله تعالى أن الاجرة تجب باستيفاء المنفعة سواء كان ذلك فى مدة الاجارة أو بعد مدة الاجارة وسواء استأجرها ليركبها فى المصر أو خارجه ويخالفه ماذكره بعض العلماء حيث قال ولو ذكر مدة ومسافة فركبها الى ذلك المكان بعد مضى المدة لم تجب الاجرة اهـ وفى العتابية هذا اذا استأجرها ليركبها خارج المصر ولو كان ليركبها فى المصر وحبسها فى بيته تجب الاجرة قال فى المحيط والتمكن من الاستيفاء فى غير المدة المضاف اليها لا يكفى لوجوب

الاجرة وكذا التمكن في غير المكان لا يكفي لوجوب الاجرة فلو قال رحمه الله تعالى أو بالتمكن منه في المدة واستوفى لكان أولى وقال الامام الشافعي تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لانها عقد معاوضة ولنا أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم وأحد البدلين وهو المنفعة لم يصر مملوكا بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم ولو ملك الاجرة لملكها من غير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة جواز العقد لان المنفعة عوض لا يبقى زمانين والمنفعة انما جعلت موجودة في حق الايجاب والقبول وما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها الا يقال لو لم يجعل المعدوم موجودا في حق العقد والاجرة لما جاز الايجار بالدين لانا نقول انما جاز الايجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم يصر دينا في المدة وانما ينعقد في حق الارتباط وعند انعقاد العقد وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا ولو كان العقد ينعقد في حق المنفعة لما جازت الاجارة بالدين المؤجل أصلا كما لا يجوز السلم به ولو جاز أن يجعل المعدوم كالمستوفى لجاز ذلك في السلم أيضا واذا عجلها أو اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد قال في العناية واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب أن كونه مخالفا اما أن يكون من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس شرط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالف من حيث المعاوضة وفي المحيط وحينئذ فللمؤجر حبس المنافع حتى يستوفي الاجرة ويطالبه بها ويحبسه وحقه الفسخ ان الحاكم يعجل اه ولو أجر اجارة مضافة واشترط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا ولا يلزم للحال شئ لان امتناع وجوب الاجرة ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى للشرط وفيما نحن فيه انما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وقد بطل بالتصريح لا يقال يصح الابراء عن الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم ليس لها أن تمنع نفسها ولو لم تملك المنفعة لمنعت نفسها لانا نقول لا يصح الابراء عن الثاني لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة فجاز الابراء عنه والجواب على قول محمد انه وجد سببه فجاز الابراء عنه كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب ألا ترى أنهما جائزان في البيع المشروط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك وانما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه أوفى ما سمى لها برضاها وفي المحيط ولو وهب المؤجر أجرة رمضان هل يجوز قال محمد ان استأجره سنة لا يجوز وان استأجره مشاهرة يجوز اذا دخل رمضان ولا يجوز قبله وعن أبي يوسف لا يجوز الا بعد مضي المدة ولو مضى من السنة نصفها ثم أبرأه عن الجميع أو وهبها منه فانه يبرأ عن الكل في قول محمد وعند أبي يوسف برئ عن النصف ولا يبرأ عن النصف اه وعبر المؤلف بقوله لا تملك لان لفظ محمد في الجامع الاجرة لا تملك بنفس العقد قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي الملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع الصغير أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي الملك كان أعم منه وذكر العام وارادة الخاص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص أصلا وقال صاحب الهداية الاجرة لا تجب بالعقد قال تاج الشريعة أي وجوب الاداء أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفالة المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا أما اجمالا فلأن الاجرة لو كانت عبدا فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد المعاني الثلاثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح الاعتاق كما في البيع اه واذا لم تملك بنفس العقد ليس له أن يطالبه بالاجرة وفي المحيط لو طالبه بالاجرة عينا وقبض جاز لتضمينه تعجيل الاجرة وقال أيضا واذا لم يوجد أحد هذه الامور يأخذ الاجرة يوما فيوما في العقار وفي المسافات كل مرحلة وفي المنتقى رجل استأجر دابة بالكوفة الى الري بدراهم أي النقدين يجب على المستأجر قال نقد الكوفة لانه مكان العقد فينصرف مطلق الدراهم الى المتعارف فيها وفي العتابية واذا عجل الاجرة الى ربها لا يملك الاسترداد ولو كانت الاجرة عينا فأعارها ثم أودعها الى رب الدار فهو كالتعجيل اه وفي شرح الطحاوي الاجرة لا تخلو اما أن تكون معجلة أو مؤجلة أو منجمة أو مسكوتا عنها فان كانت معجلة فان له أن يملكها وله أن يطالب بها وان كانت مؤجلة فليس له أن يطالب الا بعد الاجل وان كانت منجمة فله أن يطالب عند كل

نجم وان كانت مسكوتا عنها تقدم بيان ذلك فى العقار وفى المسافة اذا امتنع من الحمل فيما بقى يجبر عليه اه بالمعنى وفى النسفية استأجر
حانوتا مدة معلومة باجرة معلومة وسكن فخرب الحانوت فى بعض المدة وتعطل وكان يمكنه الانتقال فلم يفعل وسكن المدة تلزمه جميع
الاجرة ولو استأجره ليحمل هذا الى موضع كذا فحمل نصف الطريق وأعاده الى مكانه الاول فلا أجر له استأجر دابة الى مكة فلم يركبها
ومضى راجلا ان كان بغير عذر فى الدابة فعليه الاجرة وان كان لعذر فى الدابة لا أجر عليه طالبه بالاجرة بعد المدة فقال قصرت فى
العمل فلك بعض الاجرة وقال لم أقصر فله الاجرة كاملة استأجره ليحمل له العصير فحمله فاذا هو خمر قال أبو يوسف لا أجر له وقال محمد
ان علم أنه خمر فلا أجر له وان لم يعلم فله الاجر وفى الذخيرة من الفصل السابع والعشرين فى الاختلاف لو اختلف المستأجر والآجر
بعد شهر والمفتاح مع المستأجر وقال لم أقدر على فتحه وقال المؤجر بل قدرت على فتحه وسكنت ولا بينة لهما يحكم الحال وان أقاما
بينة فالبينة بينة رب المنزل اه وفى القنية تسليم المفتاح فى المصر مع التخلية قبض وفى السواد ليس بقبض وفى فتاوى الولوالجى
ولو استأجر دارا على عبد بعينه ثم وهب العبد من المستأجر قبل القبض وقال المستأجر قبلت كان ذلك اقالة ومراد المصنف الاجارة
المنجزة لان المضافة لا تملك الاجرة فيها بشرط التعجيل وقوله أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه يعنى يجب بالاستيفاء للمنفعة أو
بالتمكن وان لم يستوف وفى الهداية واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكن قال فى النهاية وهذه مقيدة بقيود أحدها
التمكن فاذا لم يتمكن بأن منعه المالك أو الاجنبى أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا تجب الاجرة الثانى أن تكون الاجارة صحيحة فان
كانت فاسدة فلا بد من حقيقة الانتفاع والثالث أن التمكن انما يجب أن يكون فى مكان العقد حتى لو استأجرها الكوفة فسلمها
فى بغداد حين مضت المدة فلا أجر عليه والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء فى المدة فلو استأجر دابة الى الكوفة فى هذا اليوم
وذهب بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لم يجب الاجر لانه انما تمكن بعد مضى المدة وفى المحيط أمر رجلا أن يستأجر له دارا سنة
كاملة فاستأجرها وتسلمها الوكيل وسكنها هو سنة قال أبو يوسف لا أجر على المؤجر والاجرة على المأمور وقال محمد الاجر على
الموكل لان قبض وكيله كقبض نفسه والمأمور غاصب للسكنى فلا يجب عليه أجر قال رحمه الله ﴿فان غصبها غاصب منه سقطت
الاجرة﴾ يعنى اذا غصب العين المستأجرة فى جميع المدة غاصب سقطت الاجرة ولو فى بعضها فبقدره لزوال التمكن من الانتفاع وهو
شرط لوجوب الاجرة كما بين وهل تنفسخ بالغصب قال صاحب الهداية تنفسخ وقال فخر الاسلام فى فتاواه والفضلى لا تنفسخ فاذا
أراد المستأجر أن يسكن بقية المدة ليس للمؤجر منعه اه وفى قاضيخان أيضا جاء المغصوب منه الى الغاصب وقال الدار دارى ان لم
تخرج منها فهى عليك كل شهر بمائة درهم قال محمد ان كان الغاصب منكرا او يقول الدار لى و يسكن مدة فأقام المغصوب منه البينة
أنها داره فقضى له بها لا أجر عليه وان كان مقرا يلزمه المسمى اه وفى الولوالجية رجل دفع ثوبا الى قصار ليقصره باجرة معلومة فجحد
القصار الثوب ثم جاء به مقصورا وأقر قال هذا على وجهين ان قصره قبل الجحود له الاجر وان قصره بعد الجحود لا أجر له ولو كان صباغا
والمسألة بحالها ان صبغه قبل الجحود فله الاجر وان صبغه بعده فرب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد فيه وان شاء
ترك الثوب وضمنه قيمة ثوب أبيض اه وفى التتارخانية رجل استأجر دابة الى مكان معلوم فلما بلغ نصف المدة أنكر الاجارة لزمه
من الاجرة ما قبل الانكار ولا يلزم ما بعده وهو قول الثانى وقال محمد لا تسقط عنه الاجرة بنفس الانكار ولو كان عبدا والمسألة بحالها
وقيمة العبد يوم العقد ألفان و يوم الجحود ألف فهلك العبد فى يده بعد ما مضت السنة فالاجرة لازمة وتجب كل الاجرة و يجب عليه
قيمة العبد و ينبغى أن يكون هذا على قول محمد وعلى قول الثانى لما جحد فقد اسقط الاجر وفى المحيط لو غرقت الارض أو انقطع عنها
الشرب أو مرض العبد سقط من الاجر بقدره لفوات التمكن من الانتفاع فى المدة ولو استأجر دارا سنة فلم يسلمها الآجر حتى مضى
شهر لم يكن لاحدهم الامتناع عن التسليم فى الثانى لان الاجارة وان كانت عقدا واحدا حقيقة لكنها عقود متفرقة مضافة الى ما يوجد
من المنفعة ومن المشايخ من قال هذا اذا لم يكن فى مدة الاجارة وقت يرغب فى الاجارة لأجله فان كان وقت يرغب فى الاجارة لاجله
زيادة رغبة كحانوت فى سوق رواجه فى بعض السنة أو دار بمكة تستأجر سنة لاجل الموسم فلم تسلم فى الوقت الذى يرغب لاجله فانه يخير
فى بعض الباقى دفعا للضرر عنه اه قال رحمه الله ﴿ولرب الدار والارض طلب الاجرة كل يوم وللجمال كل مرحلة﴾ يعنى اذا
وقعت الاجارة مطلقة ولم يتعرض فيها الوقت وجوب الاجرة فللمؤجر ما ذكره والاصل فيه أن الاجارة معاوضة والملك فى المنافع يمتنع
ثبوته زمان العقد فكذا الملك فى الاجرة على ما بيناه وكان الامام أولا يقول فى جميع أنواع الاجارة لا تجب الاجرة حتى يستوفى المنفعة

ثم رجع لماذكرهنا وكان القياس أن تجب الاجرة ساعة فساعة الا أنه يفضى الى الحرج فتركناه لهذا وفى الخلاصة امرأة أجرت دارها من زوجها ثم أسكنها فيها لا تجب الاجرة ولو استأجر دارا شهرا وسكن فيها مع صاحب الدار الى آخر الشهر فقال المستأجر لا أدفع الاجرة لعدم التخلية فعليه من الاجرة بقدر ما فى يده لوجود التخلية فيها اهـ ولو عبر بالفاء التفريعية لكان أولى ليفيد أنه متفرع على الاستيفاء والتمكن قال رحمه الله ﴿وللخياط والقصار بعد الفراغ من عمله﴾ يعنى اذا وقعت الاجارة مطلقة عن وقت وجوب الاجرة فللعامل أن يطالب بعد ما ذكر المؤلف وأطلق فى قوله بعد الفراغ فافاد أنه لا فرق بينهما اذا عمل فى بيت نفسه أو فى بيت المستأجر كما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد وذكر فى المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشى اذا خاط فى بيت المستأجر تجب الاجرة له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجرة بحسابه واستشهد فى الاصل لهذا بما اذا استأجر انسانا ليبنى له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى فهذا يدل على أنه يستحق الاجرة ببعض العمل الا أن يشترط فيه التسليم الى المستأجر ونقل هذا عن الكرخى وجزم به فى غاية البيان فكان هو المذهب ففى سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما له بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة وفى الخياطة ونحوها لا يكون مسلما اليه الا اذا سلمه الى صاحبه حقيقة وفى الخياطة فى منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرد العمل اذ هو فى منزله والمنزل فى يده فلا يحتاج الى تسليم ليده ويعرف توزيع الاجرة بقول أهل الخبرة بها والخيط والابرة على الخياط حيث كان العرف ذلك قال رحمه الله ﴿وللخباز بعد اخراج الخبز من التنور﴾ يعنى اذا أطلق الاجرة ولم يبين وقتها فللخباز أن يطالب بها بعد اخراج الخبز من التنور لانه باخراجه قد فرغ من عمله فيملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل حتى اذا خبزه فى بيت المستأجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجرة وان كان فى منزل الخباز لم يكن مسلما بمجرد الاخراج من التنور فلا بد من التسليم الى يده وفى المحيط استأجر دابة ليطحن عليها كل يوم عشرة أقفزة فوجدها لا تطيق الا خمسة فله الخيار وعليه الاجر بحساب ما عمل من الايام ولا يحط من الاجر شيأ لان الاجارة وقعت على الوقت لا على العمل فلا توزع الاجرة على العمل وفى المسئلة اشكال على قول الامام لانه اذا استأجر خبازا ليخبز له اليوم بدرهم يكون فاسدا والفرق أن مقدار العمل فى باب الطحن فى العرف والعادة لا يذكر لتعليق العقد بالعمل وانما يذكر لبيان قوة الدابة فبقيت الاجارة على الوقت وفى الخبز يذكر مقدار العمل لتعليق العقد بالعمل لا لبيان قوة الخباز فيصير العقد مجهولا فيفسد قال رحمه الله ﴿فان أخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه﴾ يعنى اذا أخرج الخبز من التنور ثم احترق هذا اذا خبز فى منزل المستأجر لانه بمجرد الاخراج صار مسلما ولا يجب عليه الضمان اذا هلك بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق فى التنور قبل الاخراج قال فى النهاية يضمن لانه جناية يده وان كان الخباز يخبز فى منزل نفسه لا يستحق الاجر بالاخراج ولا يجب عليه الضمان عند الامام وعندهما يجب الضمان واذا صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب عليه الضمان كان رمادا قال رحمه الله ﴿وللطباخ بعد الغرف﴾ يعنى للطباخ أن يطالب بالاجرة بعد الغرف لان الغرف عليه وهذا اذا طبخ للوليمة أو للعرس فان كان يطبخ قدرا خاصا فليس عليه الغرف لان العادة لم تجر به والمعتبر هو العرف وفى التتارخانية وان استأجر دابة للحمل ففى الاكاف والجوالق يعتبر العرف ولو للركوب ففى اللجام والسرج يعتبر العرف وفى ادخال الطعام المنزل واخراج الحمل يعتبر العرف واحثاء التراب على القبر على الحفار وحمل الثوب على القصار قال رحمه الله ﴿وللبان بعد الاقامة﴾ يعنى اذا استأجره ليضرب له لبنا فى أرضه يستحق الاجرة اذا أقامه عند الامام وقالا لا يستحق حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه الفساد الا به ولانه هو الذى يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط وقولهم استحسان وللامام ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا أفسده المطر ونحوه بعد الاقامة فعنده تجب الاجرة وعندهما لا تجب هذا اذا لبن فى أرض المستأجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة أو بالتشريج على اختلاف الاصلين ولو لبن فى أرض نفسه لا تستحق الاجرة حتى يسلمه اليه وفى الجوهرة وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا أتلف اللبن قبل التشريج فعند الامام هلك من مال المستأجر وعندهما من مال الاجير والتشريج أن يركب بعضه على بعض بعد الجفاف قال رحمه الله ﴿ومن لعمله أثر فى العين كالصباغ والقصار يحبسها للاجر﴾ يعنى لمن ذكر أن يحبس العين اذا عمل حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف

فى المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع قال فى النهاية القصار اذا ظهر عمله باستعمال النشا كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح أن له الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا وقال زفر ليس له الحبس لانه صار متصلا بملك الآخر كما لو أمر شخصا بان يزرع له أرضه ببذر من عنده قرضا فزرعها المأمور صار قابضا باتصاله بملكه فصار كما اذا صبغ فى بيت المستأجر قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه وليس هذا كصبغه فى بيت المستأجر لان العين فى يد المستأجر فيكون راضيا بالتسليم لانه كان يمكنه التحرز عنه بان يعمل فى غير بيته وفى الخلاصة الا اذا كانت الاجرة مؤجلة وقبل العمل فليس له الحبس اه والمراد بالاثر أن يكون الاثر متصلا بمحل العمل كالنشاء والصبغ وقبل أن يرى ويعاين فى محل العمل وثمرة الخلاف تظهر فى كسر الحطب وحلق رأس العبد فليس له الحبس على الاول وله الحبس على الثانى قال رحمه الله ﴿وان حبس فضاع فلا ضمان عليه ولا أجر﴾ أما عدم الضمان فلأن العين أمانة فى يده وله حبس العين شرعا فلم يكن به متعديا فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الاجر لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وهو يوجب سقوط البدل كما فى البيع وهو قول الامام أحمد وعندهما يضمن العين لانها كانت مضمونة عليه قبل الحبس فلا يسقط ذلك بالحبس وصاحب العين بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له لان العمل لم يسلم اليه وان شاء ضمنه قيمته معمولا وله الاجر لان العمل صار مسلما اليه بتسليم بدله ولو أتلف الاجير الثوب ويتخير صاحب الثوب فى التضمين كما تقدم وفى المضمرات فان حبس العين من ليس له حق الحبس فهلكت ضمنها ضمان الغاصب والمؤاجر بخير ان شاء ضمنه قيمتها معمولا وأعطاه الاجير أجرته وان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا يعطى الاجير اه وفى فتاوى أبى الليث نساج نسج ثوبا فجاء به ليأخذ الاجرة فقال له صاحب الثوب اذهب به الى منزلك فاذا فرغنا من الجمعة دفعت لك الأجرة فاختلس الثوب من يد النساج فى المزاحمة قال ان كان الحائك دفع الثوب لربه فدفعه للحائك على وجه الرهن وهلك الثوب هلك بالاجرة وان دفعه اليه على وجه الوديعة فهلك هلك على الامانة والاجر على حاله لانه سلم العمل الى صاحبه فيقرر عليه الاجر وفى المنتقى حائك عمل ثوبا بالآخر فتعلق الامر فيه ليأخذه فأبى الحائك أن يدفعه حتى يأخذ الاجرة فتخرق من يد صاحبه لا ضمان على الحائك وان تخرق من يدهما فعلى الحائك نصف ضمان الخرق اه وفى الخانية ولو جاء الحائك بالثوب الى صاحبه فقال له رب الثوب امسك حتى أفرغ من العمل وأعطيك الاجر فسرق منه لا يضمن اه وفى الخانية السمسار اذا باع شيأ من الثياب بامر ربها وأمسك الثمن حتى ينقد الاجرة فسرق منه الثمن لا يضمن اه وفى الحاوى رجل أقرض آخر دراهم فاستأجر منه دارا مدة معلومة باجرة معلومة وجعل الاجر ببعض الدين قصاصا ومضت مدة الاجارة هل للمقرض أن يحبس العين بعد انقضاء المدة قال ليس له المنع وفى السغناقى لو تزوج امرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار اليها ليس لها أن تحبس نفسها عنه اه وفى الولوالجية اذا أجر داره سنة وعجل الاجرة ولم يسلم الى المستأجر حتى مات الآجر وانفسخ العقد لا يكون للمستأجر ولاية الحبس فى الاجرة المعجلة ولو كانت الاجارة فاسدة وفسخا العقد بسبب الفساد ليس للمستأجر أن يحبس العين بالدين السابق وفى الخلاصة وفى الاجارة الفاسدة للمستأجر حق الحبس لاستيفاء الاجرة المعجلة قال رحمه الله ﴿ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر﴾ يعنى ليس له أن يحبس للاجر لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه واختلفوا فى غسل الثوب حسب اختلافهم فى القصار بلا نشاء كما تقدم وفى شرح القدورى قال أبو يوسف فى الجمال اذا طلب الاجرة ما بلغ المنزل قبل أن يضعه ليس له ذلك اه وفى الفتاوى استأجر جمالا ليحمل له الى بلدة كذا بكذا فحمله فقال له صاحب الجمل أمسكه عندك فهلك فلا ضمان عليه بلا خلاف قال رحمه الله ﴿ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه﴾ يعنى ليس للاجير أن يستعمل غيره اذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود عليه المنفعة كما اذا استأجر رجلا للخدمة شهرا لا يقوم غيره مقامه فى الخدمة ولا يستحق به الاجر قال رحمه الله ﴿وان أطلق له أن يستأجر غيره﴾ لان الواجب عليه عمل مطلق فى ذمته ويمكن الايفاء بنفسه وبغيره كالمأمور بقضاء الدين قال رحمه الله ﴿وان استأجره ليجىء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقى فله الاجر بحسابه﴾ لانه أوفى ببعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى هذا اذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر اه وفى الخلاصة واذا كانوا غير معلومين فالاجارة فاسدة وفى النهاية نقلا عن الفضلى اذا استأجره

فى المصر ليحمل له الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استأجرت منك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب وان قال استأجرت منك حتى أحمل الحنطة من القرية لا يجب شئ لان الاجارة على الحمل لا غير وفى الاول على الذهاب والحمل وعزاه الى الذخيرة وروى هشام عن محمد لا أجر ومثله فى السفينة اهـ كلام الشارح وفى التتارخانية من باب ما يستحق الفارس استأجره ليحمل له كذا كذا من المطمورة فذهب فلم يجد المطمورة استحق نصف الاجرة اهـ فظهر أنه لا فرق كما ذكره الشارح قال رحمه الله ﴿ولا أجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام ان ردّه للموت﴾ يعنى اذا استأجره ليذهب بطعامه الى فلان بمكة أو ليذهب بكتابه اليه ويجيء بجوابه فذهب ووجد فلانا ميتا ورده فلا أجر له لانه نقض المعقود عليه بالرد فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر له الاجر فى الطعام لان الاجرة بمقابلة حمل الطعام الى مكة وقد وفى بالمشروط عليه فاستحقت الاجرة وقال محمد له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه أوفى ببعض المعقود عليه قلنا الاجرة مقابلة بالجواب والنقل ولم يوجد ولم يأت بالمعقود عليه فلا أجر له كما لو نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ من العمل فلو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هناك ليوصله اليه أو الى ورثته فله الاجر فى الذهاب لانه أتى بأقصى ما فى وسعه قال فى المحيط ولو استأجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لان الاجر بقطع المسافة لانه أتى بما فى وسعه وأما الاجتماع فليس فى وسعه فلا يقابله الاجر وفى الخلاصة ولو استأجره ليبلغ الرسالة الى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل اليه أو وجده لكن لم يبلغ الرسالة ورجع فله الاجر اهـ أقول لعله لم يبلغ الرسالة لعدم تمكنه من التبليغ فعذره قال فى الخلاصة والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل أن يطلع عليها غيره أما الكتاب فمختوم قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى لا نسلم الفرق بل هما سواء فى الحكم اهـ وفى المحيط استأجر خياطا ليخيط قميصا فخاطه ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر له لانه تلف قبل التسليم ولا يجبر الخياط على أن يعيده فان كان الخياط فتقه يجبر على عوده استأجر ملاحا لحمل طعام الى موضع كذا فردّ السفينة انسان فلا أجر للملاح وليس له أن يعيد السفينة وان ردّها الملاح بنفسه لزمه الردّ ولو استأجر سفينة مدّة معلومة فانقضت المدّة فى اثناء البحر تترك السفينة فى يده الى بلوغ ذلك المكان ولو استأجر سفينة لحمل طعام الى موضع كذا فلما بلغت السفينة الموضع أو بعضه ردّها الريح الى الموضع الذى اكتراها منه قال محمد ان كان صاحب الطعام معه فعليه الاجر كله أو بعضه بقدر ما بلغ وان لم يكن صاحب الطعام معه فلا أجر عليه لانه انتقض الحمل بالردّ فلم يستوف المعقود عليه وكذا لو اكترى بغلا الى موضع كذا فلما سار بعض الطريق جمح فردّه الى الموضع الذى خرج منه فعليه من الكراء بقدر ما سار لانه صار مستوفيا للمنفعة بنفسه فلا يسقط عنه البدل بعد التسليم قيد بقوله للجواب لانه لو لم يشترط الردّ للجواب قال الحدادى ولو تركه حتى يوصله اليه حيث كان غائبا أو الى قريبه حيث كان ميتا استحق الاجر كاملا قال فلو شرط عليه الجواب فدفعه اليه فلم يقرأه حتى عاد من غير جواب له الاجر كاملا لانه أتى بما فى وسعه ولو لم يجده أو وجده ولم يدفع له بل رد الكتاب فلا أجر له ولو نسى الكتاب هناك لا يستحق أجرة الذهاب اهـ والله تعالى أعلم

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

قال فى النهاية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر فى هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز وفى غاية البيان لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا قال رحمه الله ﴿صح اجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها﴾ والقياس أن لا تجوز هذه الاجارة حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لاشياء مختلفة فينبغى أن لا تجوز حتى يبين ما يعمل فيها كاستئجار الارض للزراعة والثياب للبس وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى والمتعارف كالمشروط ولان اجارتها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز اجارتها مطلقا بخلاف الاراضى والثياب لانهما يختلفان وعبارة المؤلف أحسن من عبارة صاحب الهداية حيث زاد للسكنى لسلامته عما أورد على هذا اللفظ قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدّة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص على هذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى اهـ كلامه قال صاحب غاية البيان ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أى يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وله أن

يعمل فيها كل شئ لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدورى اه وقول تاج الشريعة لو نص على السكنى ليس له أن يعمل غيرها كما سيأتى ليس بظاهر لانه لو عمل غيرها ماهو أنفع من السكنى بان خزن فيها برا أو غيره يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت لا يعتبر ولو استحق المستأجر من يد المستأجر وقد هلك عنده وضمنه يرجع على الذى أجره ولا أجر عليه فيما استعمله لان الاجرة والضمان لا يجتمعان قال رحمه الله ﴿وله أن يعمل فيها كل شئ﴾ لما ذكرنا من أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الاطلاق وله أن يسكن غيره معه أو ينفرد ولان كثرة السكان لا يضر بها بل يزيد فى عمارتها لان خراب المسكن بترك السكان وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب لان ذلك كله من توابع السكنى وذكر فى النهاية أنه لا يدخل الحيوان فى عرفنا لان المنازل ضيقة اه ويربطها على الباب فان أجره صحن الدار ربطها فى الصحن وليس للمؤجر أن يدخل دابته الدار بعد ما أجرها ولو كان فيها بئر أو بالوعة فسدت لا يجبر على اصلاحها ولو بنى المستأجر التنور فى الدار المستأجرة فاحترق شئ من الدار لم يضمن كذا فى الخلاصة وفى المحيط وله أن يربط الدابة ان كان فى الدار سعة أما ان كانت ضيقة فلا ولو استأجر دارا على أن يسكنها وحده فله أن يترك امرأته معه لانه شرط لا فائدة فيه اه وفى الخلاصة واذا ربط الدابة فضربت انسانا أو هدمت الحائط لم يضمن اه قال رحمه الله ﴿الا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا﴾ لان فى نصب الرحى واستعمالها فى هذه الاشياء ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة والمراد بالرحى رحى الماء والثور وأما رحى اليد فلا يمنع منها لانها لا تضر بالبناء وفى الحدادى رحى اليد اذا بنيت فى الحائط يمنع منها وله أن يكسر فيها الحطب الكسر المعتاد وله أن يطبخ فيها الطبخ المعتاد وان زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك الا برضا صاحب الدار وينبغى أن يكون الدق على هذا التفصيل فظهر أن الحاصل كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها الا باذن وكل ما لا ضرر فيه جاز بمطلق العقد واستحقه به ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يجب عليه اذا فعل ذلك ونحن نبينه فلو أقعد حدادا فهدم البناء بعمله وجب الضمان لانه متعد ولا أجر لان الضمان والاجر لا يجتمعان ولو لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس أن لا يجب لان هذا العمل غير داخل تحت العقد ووجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفى الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيصير مستوفيا المعقود عليه فيجب عليه الاجر بشرط السلامة فصار نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها قدرا معلوما فزاد عليها وسلمت الدابة فانه يجب عليه الاجر ولو اختلف المؤجر والمستأجر فى اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لانه أنكر الاجارة ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى وفى الخلاصة ولو استأجر ليقعد قصارا فله أن يقعد حدادا ان كان ضررهما واحدا وفى المحيط أو كان ضرر الحداد أقل وان كان أكثر فليس له ذلك وكذلك الرحى اه قيد بالدور لان استئجار البناء وحده لا يجوز فى ظاهر الرواية لانه لا ينتفع به وحده وفى القنية ويفتى بجواز استئجار البناء وحده اذا كان ينتفع به كالجدار للسقف ولو أجره المستأجر من المؤجر لم يجز والاصح أن العقد ينفسخ بالاجارة قال رحمه الله ﴿والاراضى للزراعة ان بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع ما شاء﴾ يعنى يجوز استئجار الارض للزراعة ان بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما يشاء لان منفعة الارض مختلفة باختلاف ما يزرع فيها لان منه ما ينفع كالبرسيم فى ديارنا وما يضر كالقمح مثلا فلا بد من بيانه أو يقول له ازرع فيها ما شئت كيلا يفضى الى المنازعة ولو لم يبين ولم يقل له ازرع فيها ما شئت فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها لا تعود صحيحة فى القياس وفى الاستحسان يجب المسمى وتنقلب صحيحة لان المعقود صار صحيحا معلوما بالاستعمال وصار كما لو استأجر ثوبا ولم يبين اللابس ثم ألبس انسانا عادت صحيحة لما ذكرنا وفى القنية استأجر أرضا سنة على أن يزرع فيها ما شاء فله أن يزرع فيها زرعين ربيعيا وخريفيا وفى الجوهرة ولا بأس باستئجار الارض للزراعة قبل ريها ان كانت معتادة للرى فى مثل هذه المدة التى عقد الاجارة عليها وان جاء من الماء ما يزرع به البعض فالمستأجر بالخيار ان شاء نقض الاجارة كلها وان شاء لم ينقض وكان عليه من الاجر بحساب ما روى منها اه وفى القنية ولو استأجرها ولا يمكنه الزراعة فى الحال لاحتياجها الى السقى وكرى الانهار أو مجئ الماء فان كان بحال تمكنه الزراعة فى مدة العقد جاز والا فلا كما لو استأجرها فى الشتاء تسعة أشهر ويمكن زراعتها فى الشتاء جاز لما أمكن من المدة أما اذا لم يمكن الانتفاع بها أصلا بان كانت سبخة فالاجارة فاسدة وفى مسئلة الاستئجار فى الشتاء يكون الاجر مقابلا بكل المدة لا بما ينتفع به فحسب وقيل بما ينتفع به اه واعلم أن الارض لا ينحصر استئجارها للزراعة والبناء والغرس كما توهمه المتون فقد صرح فى الهداية بان الارض تستأجر للزراعة

وغيرها

وغيرها وقال فى غاية البيان أراد بغير الزراعة البناء والغرس وطبخ الآجر والخزف ونحو ذلك من سائر الانتفاعات بالارض اه فاذا عرفت ذلك ظهر لك صحة الاجارات الواقعة فى زماننا من أنه يستأجر الارض مقيلا ومراحا قاصدا بذلك الزام الاجرة بالتمكن منها مطلقا سواء شملها الماء وأمكن زراعتها أولا ولا شك فى صحته لانه لم يستأجرها للزراعة بخصوصها حتى يكون عدم ريها عيبا تنفسخ به وفى الولوالجية استأجر أرضا ليلبن فيها فالاجارة فاسدة ثم هى على وجهين ان كان للتراب قيمة ضمن قيمته ويكون اللبن له وان لم يكن له قيمة فلا شئ عليه واللبن له وضمن نقصان الارض ان نقصت وفى فتاوى قارئ الهداية ان اجارة الارض المشغولة بزرع الغير ان كان الزرع بحق بأن كان باجرة لا يجوز أن يؤجر ما لم يستحصد الزرع الا أن يؤجرها مضافة الى المستقبل وان كان الزرع بغير مستند شرعى صحت الاجارة لان الزرع فى هذه الصورة واجب القلع فان المؤجر فى هذه الصورة قادر على تسليم ما أجره ويجبر صاحب الزرع على قلعه سواء أدرك أم لا لانه لا حق لصاحبه فى ابقائه اه والدار المشغولة بمتاع الساكن الذى ليس بمستأجر تصح اجارتها وابتداء المدة من حين تسليمها فارغة كذا فى القنية وفى الخلاصة ولو أجر الارض المزروعة ثم سلمها بعد ما فرغ وحصد ينقلب جائزا ولو قال المستأجر أجرت منك الارض وهى فارغة وقال المؤجر لا بل هى مشغولة بزرعى يحكم الحال كذا فى المنتقى وفى فتاوى الفضلى القول قول الآجر اه وللمستأجر الشرب والطريق لانه لا ينتفع بعقد الاجارة الا بهما بخلاف المبيع لان المقصود ملك الرقبة لا الانتفاع ولهذا صح بيع الجحش الصغير والارض السبخة وفى شرح الطحاوى وان أجر المستأجر باكثر مما استأجر فان كانت الاجرة من جنس ما استأجر به ولم يزد فى الدار شيأ لا تطيب له الزيادة ويتصدق بها فان زاد شيأ آخر طابت له الزيادة أو أجر بخلاف جنس ما استأجر به والكنس ليس بزيادة قال رحمه الله ﴿وللبناء والغرس ان بين مدة﴾ يعنى جاز استئجار الارض للبناء والغرس ان بين مدة لان المنفعة معلومة والمدة معلومة فتصح كما لو استأجرها للزراعة وفى المحيط دفع أرضه لرجل ليغرس أشجارا على أن تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الارض وعليه قيمة الشجر وله أجر ما عمل ولا يؤمر بقلعه وهذه اجارة فاسدة لانه جعل أجرة ما يخرج من العمل وعلى رب الارض قيمة الاشجار لانه صار مستقرضا للاشجار منه وتقايضا لها حكما واستقراض الاشجار لا يجوز فيكون قرضا فاسدا فيوجب الملك اذا اتصل به القبض وفى القنية من الوقف ولا يجوز استئجار السبيل ليبنى به غرفة لنفسه الا أن يزيد فى الاجرة ولا يضر بالبناء وان كان لا يرغب المستأجر الا على هذا الوقف جاز من غير زيادة فى الاجرة اذا قال القيم أو المالك أذنت له فى عمارتها فعمر باذنه يرجع عليه وعلى الوقف هذا اذا كان يرجع نفعه الى الوقف والمالك وان كان يرجع الى المستأجر وفيه ضرر كالبالوعة والتنور فانه لا يرجع الا اذا شرط الرجوع قال رحمه الله ﴿فان مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة﴾ يعنى اذا مضت مدة الاجارة قلع البناء والغرس وسلم الارض الى المؤجر فارغة لانه يجب عليه تفريغها وتسليمها الى صاحبها فارغة وذلك بقلعها فى الحال لانه ليس له غاية تعلم بخلاف ما اذا كانت للزراعة وانقضت المدة والزرع لم يدرك حيث يترك على حاله الى الحصاد باجر المثل لان له غاية معلومة فأمكن مراعاة الجانبين وبخلاف ما اذا مات أحد المتعاقدين فى المدة والزرع لم يدرك بحيث يترك بالاجرة على حاله الى الحصاد وان بطلت الاجارة فكان تركه بالمسمى وابقاء العقد على ما كان أولى من النقض واعادته وبخلاف ما اذا غصب أرضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان له نهاية لان ابتداء فعله وقع ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره والقياس أن يقلع فى الامور كلها لان الارض ملكه فلا تؤجر بغير اذنه ووجه الاستحسان وهو الفرق بين البناء والغرس والزرع ما تقدم وفى القنية والخصاف استأجر أرضا وقفا ليبنى فيها أو يغرس ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجر أن يستبقيها باجرة المثل اذا لم يكن فى ذلك ضرر ولو أبى الموقوف عليه الا القلع فليس له ذلك اه ومن هنا علم حكم الاستحكار وهذا وارد على اطلاق المؤلف وفى المحيط واذا انقضت المدة وفى الارض غراس أو رطبة يؤمر بالقلع لانه ليس لها نهاية قال رحمه الله ﴿الا أن يغرم المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه﴾ يعنى اذا مضت المدة يجب عليه قلع البناء والغرس الا أن يغرم المؤجر قيمة ذلك الى آخره هذا اذا كانت الارض تنتقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنهما فيدفع الضرر عن صاحب الغرس والبناء بدفع القيمة له وعن صاحب الارض بالتملك بالقيمة وان كانت لا تنقص فليس له ذلك الا برضا صاحبه لاستوائهما فى ثبوت الملك وعدم المرجح وليس لرب الارض أن يتملك الغراس جبرا على صاحبه اذا لم يكن فى قلعهما ضرر فاحش قال رحمه الله ﴿أو يرضى بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا﴾ لان الحق لرب الارض فيترك ذلك باجرة أو بغير أجرة فان تركها عارية فله أن يؤاجرها الاجنبى وفى القنية من الوقف بنى فى الدار بغير اذن

القيم ونزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم على دفع القيمة للبانى ويجوز لمستأجر الوقف غرس الاشجار والكرم بغير اذن اذا لم يكن يضر بأرض الوقف ويجوز للمتولى الاذن فى أرض الوقف فيما يزيدفيها خيرا قال رحمه الله ﴿والرطبة كالشجر﴾ وقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿والزرع يترك باجرة المثل الى أن يدرك﴾ وقد تقدم بيانه بخلاف موت أحدهما قبل ادراك الزرع فانه يترك بالمسمى على حاله الى الحصاد والمستعير كالمستأجر وفى القنية والمراد بقول الفقهاء يترك باجرة المثل الى الحصاد بعقد أو بقضاء فلا يجب الاجر الا بأحدهما وهذا يجب حفظه اهـ قال رحمه الله ﴿والدابة للركوب والحمل والثوب للبس﴾ يعنى يجوز استئجار هذه الاشياء لما ذكر اذا عين الراكب والحمل أو أطلق لان لها منافع معلومة قيد بالركوب ليحترز عما اذا استأجرها كما تقدم وباللبس ليحترز عما اذا استأجر الثوب ليزين به دكانه كما تقدم وفى الذخيرة استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع كذا الى منزله وكان كلما رجع يركبها فعطبت الدابة قال أبو بكر الرازى يضمن لانه استأجرها للحمل دون الركوب فكان غاصبا بالركوب وقال الفقيه أبو الليث فى الاستحسان لا يضمن لان العادة جرت بين الناس بذلك فصار مأذونا فيه ثم شرع يبين أنها تارة تكون مطلقة وتارة تكون مقيدة قال رحمه الله ﴿فان أطلق أركب وألبس من شاء﴾ يعنى اذا أطلق له الركوب واللبس جاز له أن يركب الدابة ويلبس الثوب من شاء والمراد بالاطلاق أن يقول على أن تركب من تشاء وتلبس من تشاء اهـ كلام الشارح وفسر الاطلاق بهذا تاج الشريعة وصاحب العناية والغاية وفسر صاحب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الاطلاق بان يقول استأجرتها للركوب ولم يزد عليه أو اللبس ولم يزد عليه اعلم أن استئجار الدابة والثوب على ثلاثة أضرب الاول أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب أو للبس ولم يزد عليه والثانى أن يزيد فى قوله على أن أركب من أشاء وألبس من أشاء والثالث أن يقول على أن أركب أنا أو فلان أو ألبس أنا أو فلان ففى الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب واللبس مختلفان اختلافا فاحشا فان أركب شخصا ومضت المدة تنقلب صحيحة ويجب المسمى استحسانا لانه ارتفع الموجب للفساد وهو الجهالة ولا ضمان عليه ان هلكت لانه غير متعد وفى الوجه الثانى يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من يركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين من الاصل فصار كأنه نص عليه ابتداء وفى الثالث ليس له أن يتعداه لان التعيين مفيد فاذا تعدى صار ضامنا وحكم الحمل حكم الركوب فى جميع ماذكرنا وفى قاضيخان استأجرت المرأة درعا تلبسه ثلاثة أيام ان كان الثوب بدله كان لها أن تلبسه فى الايام والليالى وان كانت صيانة تلبسه فى النهار وفى أول الليل وآخره وليس لها أن تلبسه كل الليل فان لبسته كل الليل وباتت فيه حتى جاء النهار برئت من الضمان ان لم يتخرق اهـ وفى البقالى استأجر دابة ليحمل عليها الحمل عليها رجلا لا يضمن ولو استأجر دابة ليطحن عليها وما بين مقدار ما يعمل به فانه يجوز وله أن يعمل عليها مقدار ما تحمل وفى المحيط ينعقد فاسدا فاذا عمل عليها مقدار ما تحمل يعود جائزا ويجب المسمى استحسانا فظهر أن المشيئة فى قوله ما شاء مقيدة بقدر حملها وفى المحيط استأجر ثوبا ليلبسه ليذهب الى مكان كذا فلم يذهب الى ذلك الموضع ولبسه فى غير ذلك الموضع يكون مخالفا ولا أجر عليه وقال الفقيه أبو الليث عندى أنه غير مخالف ويجب الاجر لان هذا خلاف الى خير وليس هذا كمن استأجر دابة ليذهب الى موضع كذا فركبها فى المصر فى حوائجه فهو مخالف لأن الدابة لا يجوز ايجارها الا اذا بين المكان وفى الثوب لا يحتاج الى بيان المكان اهـ وفى الخلاصة واذا تكارى قوم مشاة ابلا على أن المكارى يحمل عليها من مرض منهم أو من أغمى عليه منهم فهذا فاسد قال عليه رحمه الله ﴿وان قيد براكب ولابس فخالف ضمن﴾ يعنى اذا عطبت لان التقييد مفيد فتعين فاذا خالف صار ضامنا بالتعدى لان الناس يتفاوتون فى الركوب واللبس ولا أجر عليه لان الأجر والضمان لا يجتمعان وكذا الاجرة عليه ان سلم بخلاف ما اذا استأجر حانوتا وأقعد فيه قصارا أو حدادا حيث يجب الاجر لانه لما سلم تبين أنه لم يخالف كذا فى غاية البيان واستفيد من كلامه أنه اذا قيد ليس له الاجارة والاعارة كما اذا عمم وليس له الايداع فى الاوّل ولا ضرورة دون الثانى كذا فى فصول العمادى كما اذا عمى الحمار فى الطريق قال رحمه الله ﴿ومثله ما يختلف بالمستعمل﴾ يعنى يضمن مثله فى كل شئ يختلف باختلاف المستعمل اذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى قال رحمه الله ﴿وفيما لا يختلف بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره﴾ يعنى فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى اذا شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحداد والقصار والطحان خارج كما مر والفسطاط كالدار عند محمد وعند أبى يوسف مثل اللبس لاختلاف الناس فى نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه قال رحمه الله ﴿وان سمى نوعا وقدرا ككر

برّ له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح﴾ يعني لو سمى النوع والقدر فله أن يحمل على الدابة ما هو مثله وأخف كما لو استأجر ليحمل هذه الحنطة وهي قدر معلوم فحمل مثل قدرها وما هو أخف منه كالشعير والسمسم وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملح لان الرضا بالشيء يكون رضا بما هو مثله أو دونه عادة لا بما هو أضر منه لانه لا فائدة في اجارة كرّ حنطة ومنع كر شعير بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى قدرا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثله وزنا ضمن لان الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فصار كما لو حمل عليها قربة ماء أو حطب كذا في النهاية وقال شيخ الاسلام في شرحه لا يضمن استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر الشعير عند استوائهما في الوزن أخف من ضرر الحنطة لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فكان أخف عليها بالانبساط وبه كان يفتي الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل وزنه حديدا أو ملحا يضمن لانه يجتمع في مكان واحد من ظهر الدابة فيضر بها أكثر وكذا لا يضمن اذا حمل عليها مثل وزنها قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر وفيه حرارة وما ذكرناه وجه الاستحسان والقياس أنه يضمن في الشعير ونحوه والحاصل أن الشيئين متى كان في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الاذن في أحدهما الاذن في الآخر وان كان هو أخف ضررا من وجه آخر وفي الاصل اذا تكارى من رجل ابلا مسماة بغير عينها الى مكة فالاجارة جائزة قال شيخ الاسلام ليس تفسير المسئلة ما ذكرنا بل تفسيرها استأجر المكارى على الحمل فالمقصود عليه الحمل في ذمة المكارى وأنه معلوم والابل آلة وجهالة الآلة لا توجب فساد الاجارة كما في الخياط والقصار وما أشبهه واستدل على تفسير المسئلة بما ذكر أنه لو استأجر عبدا للخدمة لا بعينه لا يجوز قال الصدر الشهيد ونحن نفتي بالجواز كما ذكر في الكتاب من غير تأويل وفي الذخيرة استأجر دابة الى كذا ودفع له الدابة لا يجبر رب الدابة أن يرسل غلامه معها قال محمد يؤمر بأن يرسل غلامه معها قال شيخ الاسلام ان شاء لانه لا يجبر عليه وفي الصيرفية استأجر دابة بعينها للحمل فحمل المكارى على غيرها لا يستحق الاجرة ويكون متبرعا وفي الفتاوى تكارى دابة الى موضع معلوم بأربعة دراهم على أن يرجع في يومه فلم يرجع الى خمسة أيام قال يجب درهمان أجرة الذهاب لانه مخالف في الرجوع ولو استأجر دابة الى مكة فهو على الذهاب وفي الغاية على الذهاب والرجوع وفي فتاوى (١) هو استأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فرضت فلم تطق الا خمسين فحمل عليها هل يرجع على المكارى بحصة ذلك قال القاضي بديع الدين لا يرجع لانه رضي بذلك وفي جامع الفتاوى استأجر دابة يوما وانتفع بها فامسكها وقد ورم بطنها أو اعتلت فتركت في الدار الذي هو فيها فماتت غرم وفي العتابية تكارى قوم مشاة ابلا على أن المكارى يحمل من مرض منهم أو من أعيا منهم فالاجارة فاسدة وفي الاصل ولو شرطوا عليه أن يركب واحد منهم فيه ثم يركب الآخر وهكذا فذلك جائز وفي الخلاصة تكارى على دخول عشرين يوما الى موضع كذا فما دخل الا في خمسة وعشرين يوما قال يحط عنه من الاجرة بحساب ذلك ويستقيم على قول أبي يوسف ومحمد اهـ وفي الخلاصة رجل اكترى ابلا للحج ثم اختلفوا في وقت الخروج فالقول في ذلك قول من يريد الخروج في الوقت المعروف للخروج اهـ وفي المحيط تكارى دابة بغير عينها الى موضع كذا لم يجز لان هذا عقد واحد والمعقود عليه في كل مجهول جهالة تؤدي الى النزاع استأجر دابة الى موضع كذا وضعفت قبل الوصول فعليه أن يأتي بغيرها لان العقد لا ينفسخ في هذه الحالة وان كانت بعينها فليس عليه أن يأتي بغيرها فيفسخ العقد ولو استأجر رجل دابتين بعشرة صفقة واحدة ليحمل عليها عشرين قفيزا فحمل على كل دابة عشرة يقسم الاجر على أجر مثل كل دابة اهـ قال رحمه الله ﴿وان عطبت بالارداف ضمن النصف﴾ يعني اذا استأجر دابة فأردف عليها غيره ضمن نصف القيمة ولا يعتبر بالثقل لأن الدابة يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فيتعلق الحكم بالعدد كالجناية في باب الجناية هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي قالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله قال في النهاية قيد بالرديف احترازا عما اذا حمله على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة لان ثقله مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة وقال الحدادي الرديف مثال وليس بقيد حتى لو جعل المستأجر نفسه رديفا وغيره أصيلا فالحكم واحد وفي غاية البيان قيد بكونه رديفا لانه لو أقعد الاجنبي في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شيء من الاجرة قال قاضيخان استأجر دابة ليركبها الى موضع كذا فحمل عليها صبيا صغيرا فعطبت ضمن قيمتها كما لو حمل عليها حملا وأطلق في ضمان النصف فشمل ما اذا هلكت قبل الوصول أو بعده قال وعليه جميع الاجرة اذا هلكت بعد ما بلغ مقصده

ونصف القيمة اذا هلكت قبله وفى المحيط اذا عطبت بعد البلوغ من الركوب فعليه الاجر كاملا ونصف القيمة كان الرديف أخف أو أثقل أما الاجرة فلأنه استوفى المعقود عليه وأما الضمان فلان التلف حصل بركوبهما ولم يبين من عليه الضمان فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن المستأجر فان ضمن المستأجر لا يرجع لما ضمن وان ضمن الرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا وفى الخانية فاذا أراد صاحب الدابة أن يضمن الرديف نصف القيمة كان له ذلك وفى التتارخانية استأجر دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة فأجرها من غيره فحمل عليها عشرين فتلفت يخير المالك فى التضمين ان شاء ضمن الثانى و يرجع على الاول لانه غره وان ضمن الاول لا يرجع على الثانى اهـ وأقول ينبغى أن يفصل بانه ان علم أنه مستأجر لما ذكر ينبغى أن لا يرجع على الاول وان علم أنه مالك أو لم يعلم ينبغى أن يرجع وأطلق المؤلف فى الارداف فشمل ما اذا أردف فى كل المدة أو بعضها وفى المحيط استأجر دابة ذاهبا وراجعا بعلفها فركبها ذاهبا وحمل عليها متاعا وأردف آخر راجعا فعليه أجرة مثلها فى الذهاب لان الاجارة وقعت فاسدة لجهالة العلف وفى الرجوع ركبها اثنان فهلكت فعليه نصف القيمة ولما زاد من الحمل و يعرف ذلك بالرجوع الى أهل الخبرة وهذا اذا لم يركب على الحمل أما اذا ركب عليه يضمن جميع قيمتها لانه يحتمل ثقله وثقل الحمل عليها ولو استأجر بحمل الولد معها فتلفت ضمن بقدر الولد وكذا لو ولدت الناقة فحمل ولدها عليها وقيد بالعطب لانها لو سلمت يجب عليه الاجر تماما قال رحمه الله ﴿و بالزيادة على الحمل المسمى مازاد﴾ يعنى اذا استأجر دابة ليحمل عليها قدرا فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن ما زاد بالثقل لانها هلكت بمأذون وغيره فتقسم عليهما هذا اذا كانت الدابة تطيق ذلك فلو كانت لا تطيق مثله يضمن جميع القيمة لعدم الاذن فيه هذا اذا حمل المسمى وزاد عليه وان حمل عليها غيره فهلكت وجب عليه جميع القيمة لعدم الاذن قال الاكمل ونوقض بما اذا استأجر ثورا ليطحن عليه مقدارا فزاد فهلك يضمن جميع القيمة وان كانت الزيادة من جنسه وفرق بينهما بان الطحن يكون شيأ فشيأ فاذا طحن القدر المسمى فقد انتهى الاذن و بطحن غيره معه فقد تعدى فيضمن جميع القيمة قيد بكونه زاد على المعتاد لانه ان زاد على المسافة فهلكت يضمن جميع القيمة لعدم الاذن فى الزيادة وقيد بكونه حمل عليها لان رب الدابة لو كان هو الذى حمل عليها فلا ضمان على المستأجر قال فى الذخيرة استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من الحنطة فجعل فى الجوالق عشرين من الحنطة وأمر المكارى أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكرى فهلكت لا ضمان عليه أصلا ولو حمل ذلك عليها رب الدابة والمستكرى جميعا ووضعاه على ظهر الدابة فهلكت الدابة ضمن المستكرى ربع القيمة هذا اذا كان فى جوالق واحد ولو جعلها فى جوالقين وحمل كل واحد منهما جوالقا ووضعا على الدابة جميعا لا يضمن المستأجر شيأ و يجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا له بالعقد اهـ وفى الخلاصة هذا اذا حمل المستأجر أولا وان حمل رب الدابة أولا ثم المستأجر فهلكت ضمن نصف القيمة وفى الاصل اذا استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان يلبس وركب الدابة فهلكت ان لبس ما يلبس الناس فلا ضمان عليه وان لبس ما لا يلبسه الناس ضمن ما زاد بحسابه وفى الخانية استأجر دابة ليركبها انسانا فأركبها امرأة بآلة أو رجلا بسرج فهلكت لا ضمان عليه ولا على الراكب الا أن يعلم أن مثل الدابة لا تطيق ذلك فيضمن جميع القيمة وفى الاصل استأجر حمارا بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج به مثله فهو ضامن مقدار ما زاد باتفاق الروايات وان كان أخف من الاول أو مثله فلا ضمان عليه هذا اذا كانت الدابة توكف بمثله وان كانت لا توكف بمثله يضمن جميع القيمة وفى قاضيخان وان تلفت فله الاجرة تماما ولو علم أنها تطيق فبلغ فله تمام الاجرة واذا هلكت يضمن ولا تجب الاجرة هذا اذا جعل الاقل والزيادة فى جوالق واحد ولو جعل الزيادة فى جوالق منفردة وحملها ضمن القيمة وفى المحيط استأجر دابة ليحمل عليها امرأة فولدت فحمل ولدها معها عليها يضمن بقدر الولد قال رحمه الله ﴿و بالضرب والكبح﴾ أى يضمن اذا هلكت منهما وفى المغرب الكبح ضرب الدابة باللجام وهو أن يجذبها الى نفسه وهذا عند الامام وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا معتادا لان المطلق يدخل تحت المتعارف فكان هالكا بالمأذون به وللامام أن المتعارف مقيد بشرط السلامة لان السوق يتحقق بدونه وانما تضرب للمبالغة وهذا بخلاف ما اذا ضرب العبد المستأجر للخدمة حيث يضمن بالاجماع والفرق لهما أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة الى ضربه وظاهر ما فى الهداية أن للمستأجر الضرب ولا اثم عليه وفى غاية البيان ان ضرب الدابة يكون متعديا للضمان وفيها موجبا أن الامام رجع الى قولهما وأما ضرب دابة نفسه فقال فى القنية لا يضربها أصلا وان كانت ملكه ثم قال لا يخاصم ضارب الحيوان فيما يحتاج اليه للتأديب و يخاصم فيما زاد عليه وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الاب أو الوصى للصغير اذا لم يجاوز ضرب مثله

للتاديب

للتأديب حيث تجب الدية والكفارة عنده وعندهما لا تجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير متعارف وفيه منفعة له فكان كضرب المعلم بل أولى بخلاف ضرب الزوج لانه لمنفعة نفسه فيشترط فيه السلامة وللامام أن منفعة الصغير كالواقع له لقيام البعضية بينهما ألا ترى أن الشهادة له جعلت كشهادته لنفسه وبخلاف ضرب المعلم باذن الاب لان الاذن من الاب صحيح لماله من الولاية واذا صح كان الاب معينا ولا ضمان على المعين وليس له أن يضرب أخاه الصغير على ترك الصلاة وأطلق فى الضرب والكبح وهو محمول على ما اذا كان بغير اذن صاحبها ففى التتارخانية استأجرها ليركبها فضربها فماتت فان كان باذن صاحبها وأصاب الموضع لا يضمن بالاجماع وفى العتابية فان عنف فى السير ضمن اجماعا والمعلم والمؤدب وأستاذ الحرفة يضمن بالضرب فان كان باذن لم يضمن اهـ وفى جامع الفصولين استأجر حمارا لحمل متاع ولم يكن صاحب المتاع معه فمرض الحمار فى الطريق فترك الحمار صاحبه وترك المتاع لم يضمن للضرورة والعذر قال رحمه الله ﴿ونزع السرج والا كاف أو الاسراج بما لا يسرج بمثله﴾ يعنى لو استأجر حمارا مسرجا فنزعه وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمير أو أوكفه بذلك فتلف يضمن جميع القيمة لان الاذن يتناول ما يسرج بمثله دون ما لا يسرج بمثله فيكون متعديا فيضمن وان أسرج بسرج يسرج مثله به لا يضمن وقوله بما لا يسرج بمثله قيد بالسرج لا للا كاف لانه يضمن مطلقا سواء كان يوكف بمثله أولا وهذا قول الامام وقالا الا كاف كالسرج مطلقا لا يضمن اذا كان يوكف بمثله الا اذا كان زائدا على السرج الذى عليه فيضمن بقدر الزيادة كما فى السرج لانه هو والسرج سواء والجواب أن الجنس يختلف لان الا كاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط الآخر فصار كاختلاف الحنطة والشعير قال فى النهاية ذكر فى الاجارة انه يضمن بقدر ما زاد وهو قولهما فمن المشايخ من قال ليس فى المسئلة روايتان عن الامام ومنهم من قال عن الامام روايتان فى رواية يضمن بقدر ما زاد وفى رواية يضمن جميع القيمة وهو الاصح وتكلموا فى معنى قولهما يضمن بحسابه قال بعضهم اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن قال قاضيخان وهذا اذا استأجر الحمار مسرجا فلو استأجره عريانا فالمسئلة على وجوه ان استأجره من البلد الى البلد لا يضمن لان الحمار لا يركب بينهما الا بسرج أو اكاف فان استأجره ليركب فى المصر فان كان من ذوات المقامات فكذلك فانه من عادته أن لا يركب عريانا وان كان من العوام الذين يركبون فى المصر عريانا ففعل يضمن اهـ أقول ينبغى أن يقال فيما اذا استأجر من القرية الى القرية ان كان المستأجر ممن جرت العادة أن يركب من القرية الى القرية عريانا كما يشاهد فى ديارنا فاذا أسرجه يضمن والا فلا وفى المحيط استأجر حمارا بغير لجام فألجمه بلجام مثله لا يضمن لان اللجام وضع للحفظ ولا بد للراكب منه فيصير مأذونا للجام دلالة الا اذا كان الحمار لا يلجم بمثله اهـ وفى التتارخانية ولو هلكت المستأجرة عند المستأجر فاستحقها رجل يضمن المستأجر قيمة ذلك ويرجع على المؤجر كما ضمن اهـ قال رحمه الله ﴿وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا﴾ يعنى يجب الضمان اذا عين للمكارى طريقا وسلك هو غيرها وكان بينهما تفاوت بان كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لان التقييد حينئذ مقيد فاذا خالف حينئذ فقد تعدى فيضمن قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الضمان والاجرة لانهما فى حالتين ونظيره العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه فان تلف فى العمل يجب على المستأجر الضمان وان سلم يجب عليه الاجر وان كان الطريق يسلكه الناس وهلك المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت قال فى الهداية والكافى هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفائدة اما اذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فجعلاه كالطريق الذى لا يسلكه الناس فان قلت ما الفرق بين هذا حيث اذا سلم يجب الاجر وبين ما اذا استأجر دابة لركوب معين فان ركب غيره وسلمت حيث لا أجر عليه كما فى الخلاصة والحدادى والفتاوى العتابية قلت الفرق انه هنا وافق من وجه لان المقصود وصول المتاع الى ذلك المكان وهناك لم يحصل المقصود لان المقصود ركوب المعين ولم يحصل ولا يخفى ان قوله وتفاوتا ليس بقيد احترازى لانه لو ذهب الى مكان غير ما عينه يضمن ولو كان أقرب قال فى الينابيع استأجر دابة الى موضع كذا فركبها الى مكان أقرب منه فعطبت ضمن قيمتها اهـ زاد فى المحيط فى باب الراعى ولو سلم فلا أجر له لان رب طريق يفسد الدابة السير فيها يوما لصعوبتها وطريق لا يفسد الدابة السير فيها شهرا لسهولتها فاختلف جنس المنفعة فاستوفى جنس آخر فلا يجب الاجر فهذه رواية تخالف ما تقدم وفى الخلاصة ولو نزل وتهيأ له الارتحال فلم يرتحل حتى أفسد المطر المتاع يضمن الا اذا كان المطر عاما وفى الخلاصة اذا أفسد المطر المتاع على ظهر الدابة أو سرق لا يضمن قال رحمه الله

﴿وحمله فى البحر السكل وان بلغ فله الاجر﴾ يعنى لو عين عليه أن يحمله فى البر فحمله فى البحر ان هلك القماش ضمن وان سلم فله الاجر وفى الخلاصة ولو كان البحر يسلكه الناس ولهذا أطلقه المؤلف قال الاتقانى السماع بلغ بالتشديد وقوله السكل عائد الى المسائل التى تقدمت كلها من قوله و بالضرب اهـ قال رحمه الله ﴿و بزرع رطبة واذن بالبر ما نقص﴾ يعنى اذا قيد عليه بان يزرع حنطة فزرع رطبة يجب عليه ضمان نقصان الارض لان الرطبة أكثر ضررا من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر لاختلاف الجنس فيجب عليه النقصان بخلاف ما اذا استأجر دابة للركوب أو الحمل فأردف غيره أو زاد حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لانه تلف بما هو مأذون فيه و بما هو غير مأذون فيه قال رحمه الله ﴿ولا أجر﴾ يعنى ولا يجب الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب فلا تجب الاجرة لان الضمان والاجرة لا يجتمعان وان زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب الضمان وتجب الاجرة لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا أقول ينبغى أن يرجع قوله ولا أجر لجميع المسائل التى قيد فيها والتقييد مقيد اذا خالف قال رحمه الله ﴿و بخياطة قباء وأمر بقميص فله قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجرة مثله﴾ يعنى اذا أمره أن يخيط ثوبه قميصا فخاطه قباء فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذه ودفع له أجرة مثله أى مثل القباء القباء القرطف الذى يلبسه الاتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد قال ظهير الدين القميص اذا قد من قبل كان قباء طاق اذا خيط جانباه كان قميصا قيد بالقباء لانه لو خاطه غير قباء لا يثبت له خيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل له الخيار فى السكل ووجه ما ذكرنا انه قميص من وجه لانه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث القطع فيخير كما ذكرنا واذا أخذ القباء يدفع أجرة مثله لا يتجاوز به المسمى ولو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه له يخير فاذا أخذه فله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء يضمن من غير خيار للتفاوت فى المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد فى أصل المنفعة وهو الستر فصار كما لو دفع لرجل نحاسا وأمره أن يضرب له شيأ من الاوانى فضرب به له بخلافه فانه يخير وفى التتارخانية اذا أمر انسانا ان ينقش اسمه فى فص خاتمه فغلط فنقش اسم غيره ضمن الخاتم وفى الغياثية وان شاء صاحب الخاتم أخذه وأعطاه مثل أجر عمله لا يزاد على المسمى ولو دفع الى نجار بابا وأمره أن ينقشه كذا ففعل غير ما أمره به فله الخيار كما تقدم وان وافق أمره الا قليلا فلا وان أجره ان يحمر له بيتا فخضر فالمالك بالخيار ان شاء أعطاه ما زادت الخضرة فيه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته ولو دفع ثوبه الى صباغ ليصبغه بزعفران فصبغه بغير ما سمى فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلمه اليه وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجرة مثل عمله لا يتجاوز به المسمى وفى الغياثية لو اختلف فى كيفية الصبغ قبل العمل مخالفا و يفسخ العقد وان بعد العمل فالقول لرب الثوب ولو دفع الى حائك غزلا لينسجه كذا فخالف فاما أن يكون الخلاف من حيث القدر أو من حيث الصفة ولا يخلو اما أن يكون الى زيادة أو نقصان وفى الفصول كلها صاحب الثوب بالخيار ان شاء ترك الثوب وضمنه غزلا وان شاء ضمنه الثوب وأعطاه أجرة المثل لا يتجاوز به المسمى وفى الخلاصة رجل دفع الى خياط ثوبا فقال اقطعه حتى يصل القدم وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا فجاء به ناقصا فان كان قدر أصبع ونحوه فليس بنقصان وان كان أكثر يضمنه ولو قال للخياط انظر الى هذا الثوب ان كفانى قميصا فاقطعه وخطه بدرهم فقطعه ثم قال لا يكفيك يضمن الثوب ولو قال انظر يكفينى قميصا قال نعم قال اقطعه فقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن والله أعلم

﴿ باب الاجارة الفاسدة ﴾

لما فرغ من بيان الاجارة الصحيحة شرع فى بيان الفاسدة وفى بيان ما يكون مفسدا ولا يخفى ان ذكر الاجارة الفاسدة بعد صحيحها لا يحتاج الى معذرة فهى فى محلها كما لا يخفى وعبر بالفاسد دون الباطل لكثرة فروعه وذكر خلاف ما ترجم له فكان عليه ان يقول الفاسدة العقد المشتمل على منفعة لاحد المتعاقدين أو جهالة لأن الفقيه نظير للاحكام والفاسد ما كان مشروعا باصله دون وصفه و بين الفاسد والباطل فرق ههنا فالباطل ما ليس مشروعا أصلا وحكمه أن لا يجب فيه بالاستعمال أجر بخلاف الفاسد فانه يجب فيه بالاستعمال الاجر كذا فى الحقائق وفى جامع الفصولين بين البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فرق فان الفاسد من البيع يملك بالقبض والفاسد من الاجارة لا يملك بالقبض حتى اذا قبضها المستأجر لا يملكها ولو أجرها يجب أجر المثل ولا يكون غاصبا وليس للاول أن ينقض هذا العقد كذا فى الخلاصة قال رحمه الله ﴿يفسد الاجارة الشرط﴾ قال فى المحيط كل جهالة تفسد البيع تفسد الاجارة

لان الجهالة المتمكنة فى البدل أو المبدل تفضى الى المنازعة وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين يفضى الى المنازعة فيفسد الاجارة وفى الغياثية الفساد قد يكون لجهالة قدر العمل بان لا يعين محل العمل وقد يكون لجهالة قدر المنفعة بان لا يبين المدة وقد يكون لجهالة البدل أو المبدل وقد يكون لشرط فاسد مخالف لمقتضى العقد فالفاسد يجب فيه أجرة المثل لا يزاد على المسمى ان سمى والا فاجر المثل بالغا ما بلغ وفى الباطل لا تجب الاجرة والعين غير مضمونة فى يد المستأجر سواء كانت صحيحة أو فاسدة أو باطلة اه قال الشارح لانها بمنزلة البيع ألا ترى انها تقال وتفسخ فتفسد بالشروط وفى الخلاصة رجل استأجر دارا شهرا بعشرة على انه ان سكن فيها يوما فبعشرة فسدت الاجارة وكذا لو استأجر دابة الى بغداد على أنه ان حمل كذا فباجرة كذا وان حمل كذا فباجرة كذا وكذا لو استأجر أرضا على انه ان زرع كذا فباجرة كذا اه وفى المحيط لو استأجر دارا بكذا على ان يعمرها فالاجارة فاسدة ولا يخفى ان المراد بالشرط الفاسد هو الذى لا يلايم العقد كما مر فى البيع أما الشرط الملايم فانه لا يفسد العقد وبهذا ظهر ان الاجارة الواقعة فى مصر فى الوقف فى زماننا على ان المغارم وكلفة الكاشف على المستأجر فاسدة كما لا يخفى قال رحمه الله (وله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى) لا يخفى ان العقد الفاسد فى الاجارة له حكمان وجوب الدفع والضمان اذا انتفع ووجوب الدفع مقدم على وجوب أجرة المثل فكان عليه ان يقدم الحكم المتقدم على المتأخر ولكن اهتم بالضمان فقدمه وترك قيدا وهو أن يقول فان انتفع فله الاجر وأشار بقوله لا يتجاوز به المسمى الى ان الفساد ليس لجهالة المسمى أو لعدم التسمية فلو كان الفساد لواحد منهما يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه مجهولا مثل ان يسمى دابة أو ثوبا أو عشرة دراهم والظاهر من كلام الماتن والشارح ان الفساد اذا كان لغير جهالة المبدل لا يجب أجر المثل بالغا ما بلغ بل لا يزاد على المسمى وليس كذلك لانه اذا كان البدل معلوما وفيه منفعة لاحد المتعاقدين يجب أجر المثل بالغا ما بلغ كذا فى قاضيخان وغيره قالوا لو استأجر حماما أو غيره بمال معلوم بشرط أن يرممه وكذا اذا استأجر دارا بشرط أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة و يجب عليه ان سكنها أجرة المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعى يجب أجر المثل بالغا ما بلغ فى الكل اذا كان الفساد لجهالة البدل أو لعدم التسمية ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعى سابقة الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوم وانما يتقوم بالعقد الشرعى للضرورة فاذا فسدت الاجارة وجب ان لا تجب الاجرة لعدم العقد الشرعى الا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعا له ضرورة فيكون له قيمة فى قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب فيه المسمى بالغا ما بلغ وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم ويبقى على الاصل قوله وله أجر الظاهر من قول المؤلف وله أجر مثله انه هو الواجب وليس كذلك قال جمهور الشارحين الواجب فى الاجارة الفاسدة الاقل من أجرة المثل ومن المسمى وهو فى الذخيرة وفتاوى قاضيخان قال رحمه الله (فان أجر دارا كل شهر بدرهم صح فى شهر واحد الا أن يسمى الكل) لان كلمة كل اذا دخلت على مجهول وأفراده غير معلومة انصرف الى الواحد لكونه معلوما وفسد فى الباقى للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز فى قفيز واحد وهذا قول الامام ومهما وافقاه فى الشهور وأجازا نتهى العقد فى الكل فى الصبرة والفرق لهما ان الشهور لا نهاية لها والصبره متناهية فترتفع الجهالة بالكيل واذا تم الشهر الاول لكل واحد منهما نقض الاجارة بشرط حضور الآخر وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل يجوز عند أبى يوسف قال تاج الشريعة لو كان فاسدا فيما بقى من الشهور لجاز الفسخ فى الحال قال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة فى أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ اه ولقائل ان يقول أنتم قررتم فى الاجارة الصحيحة انها تنعقد ساعة فساعة وجاز الفسخ فيها بقدر ما بقى من المستقبل ينبغى أن يكون هنا كذلك واختلف المشايخ فى كيفية الفسخ لكل واحد منهما فى رأس الشهر لان رأس الشهر فى الحقيقة عبارة عن الساعة التى يهل فيها الهلال ولا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضى وقت الخيار والصحيح فى هذا أحد الطرق الثلاث أن يقول الذى يريد الفسخ قبل مضى الوقت فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لا يجد نفاذا فى وقته لان الفسخ اذا لم يجد نفاذا يتوقف الى وقته وبه كان يقول أبو النصر محمد بن سلام أو يقول الذى يريد الفسخ فى هلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا هل الشهر أو يفسخ الذى يريد الفسخ فى الليلة التى يهل الهلال فى يومها كذا فى النهاية مختصرا وظاهر الرواية ان لكل واحد منهما الخيار فى الليلة الاولى

ويومها وبه يفتى لان فى اعتبار الساعات حرجا بيناوا لمقصود هو الفسخ فى رأس الشهر وهو عبارة عن الليلة الاولى ويومها لان محمدا قال لو حلف ليقضين فلانا دينه فى رأس الشهر فقضاه فى الليلة التى يهل فيها الهلال ويومها لم يحنث استحسانا وظاهر قوله صح فى شهر واحد الفساد فى الباقى كما تقدم قال فى المحيط وهذا قول بعضهم والصحيح ان الاجارة كل شهر جائزة واطلاق محمد يدل على هذا فيجوز العقد فى الشهر الاول والثانى والثالث وانما يثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما فى أول الشهر الثانى لان الاجارة فى الشهر الثانى مضافة الى وقت فى المستقبل ولكل واحد فسخ الاجارة المضافة الى وقت فى المستقبل وقوله دارا مثال لانه لو استأجر ثورا ليطحن عليه كل يوم بدرهم فالحكم كذلك قال رحمه الله (وكل شهر سكن ساعة منه صح فيه) لانه صار معلوما فتم العقد فيه بتراضيهما وهو قول بعض المشايخ وهو القياس وعلى ما فى الاصل اذا سكن يوما أو يومين صح وليس لواحد منهما الفسخ وهو ظاهر الرواية على ما قدمنا ولو قدم أجرة شهر أو أكثر وقبض المعجل يوما لا يكون لكل واحد منهما الفسخ فيما عجل لان بالتقديم زالت الجهالة فى ذلك القدر فصار كالمسمى فى العقد قال فى المحيط الاجارة الطويلة التى تفعل ببخارى صورتها انهم يؤجرون الدار والارض سنين مدة معلومة متوالية غير ثلاثة أيام فى آخر كل سنة على ان كلا منهما بالخيار فى ثلاثة أيام من آخر كل سنة ويجعلون لكل سنة أجرة قليلة ويجعلون بقية الاجرة للسنة الاخيرة الصحيح أن هذا العقد جائز لان هذا ليس بشرط الخيار فى الاجارة بل استثناء ثلاثة أيام قال رحمه الله (وان استأجرها سنة صح وان لم يسم أجرة كل شهر) يعنى اذا بين الاجرة جملة جاز العقد لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة وان لم يبين القسط كل شهر فاذا صح وجب ان يقسم الاجرة على الشهور على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان ولما كانت السنة منكرة أفاد ان هذا المنكر يتعين بقرينة الحال قال رحمه الله (وابتداء المدة وقت العقد) يعنى ابتداء أول مدة الاجارة الوقت الذى يلى العقد لان فى مثله يتعين الزمان الذى يلى العقد كالاجل واليمين لا يكلم فلانا شهرا ولانه لو لم يتعين عقيب العقد لصارت مجهولة وبه تبطل الاجارة والظاهر من حالهما أنهما يعقدان العقد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا عقيب النذر لان الاوقات فى حقه ليست سواء فانه لا يجوز فى الليل ولا يصير شارعا فيه الا بالعزيمة فلا يتعين عقيب السبب هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين مدة تعين ذلك وهو ظاهر قال رحمه الله (فان كان حين يهل يعتبر بالاهلة والا فالايام) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة البناء للمفعول أى يبصر الهلال وقال أراد به اليوم الاول اه قال ابن قاضى زاده وليس المراد بقوله اليوم الاول تفسير معنى حين يهل اذ قد علم معناه من التفسير السابق قطعا بل مراده بذلك بيان أثر قوله حين يهل وليس المراد معناه الحقيقى بل المراد معناه العرفى وهو اليوم الاول من الشهر اه يعنى اذا وقع عقد الاجارة فى ليلة الهلال أو فى يومها تعتبر المدة بالاهلة وان كان بعد ما مضى شئ من الشهر يعتبر بالايام وهو ان يعتبر كل شهر ثلاثون يوما وهذا قول الامام وهو رواية عن الثانى وقال محمد يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويبقى غيره على الاصل وللامام أنه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلة فكذا البقية اه قال رحمه الله (وصح أخذ أجرة الحمام) لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن قال الاكمل وانما ذكر هذه فى الفاسدة مع انها جائزة لان بعض العلماء خالف فى ذلك قال الشارح وبعض العلماء كره الحمام لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه سماه شر بيت وقال عثمان انه بيت الشيطان ومن العلماء من كرهه للنساء لا للرجال والصحيح أنه لا باس بالحمامات للرجال والنساء وفى الخلاصة استأجر حماما فى قرية فوقع الجلاء فى القرية ونفر الناس سقطت الاجرة أو نفر بعض الناس لا تسقط وفى المحيط اذا كان حمام للرجال وحمام للنساء فاجرهما جميعا وسمى حماما جاز استحسانا اذا كان باب الحمامين واحدا وان كان لكل واحد باب على حدة لا يجوز العقد اه وفى الخلاصة استأجر حماما بيدل على ان عليه الاجرة حال جريان الماء وانقطاعه فالاجارة فاسدة وفى الخانية شيل الرماد والسرقين وتفريغ موضع البالوعة وغيرها على المستأجر فان شرط على المؤجر فسدت اه وقال فى المحيط ولو امتلأ مسيل ماء الحمام فعلى المستأجر تفريغه ولو امتلأت البالوعة فعلى الآجر تفريغها والفرق أن تفريغ مسيل الماء يمكن من غير نقض البناء وأما البالوعة فلا يمكن تفريغها بنفسه الا بنقض شئ من البناء ولا يملك المستأجر نقض شئ من البناء وانما يملكه رب الارض فجعل تفريغه عليه وفيه أيضا استأجر حمامين سنة فانهدم أحدهما قبل القبض فله ترك الباقى

لان

لان الصفقة تفرقت عليه قبل التمام بخلاف مالو استأجر حماما سنة فلم يسلمه الى المستأجر حتى مضى شهران ولم ينتفع وامتنع المستأجر من القبض فانه يجبر على القبض ولا يخير لان الصفقة هنا تفرقت فى حق المنافع فلا يوجب ثبوت الخيار وهناك فى القبض واذا انهدم الحمام قبل القبض فله الخيار ولو انهدم أحد الحمامين بعد القبض فالباقى لازم بحصته لان الصفقة تفرقت بعد التمام استأجر حماما وعبدا ليقوم عليه فانهدم الحمام بعد قبضهما فله ترك العبد لانه عجز عن استعمال العبد فيما استأجره له وان هلك العبد فليس له ترك الحمام لان هلاك العبد لا يوجب خللا فى منفعة الحمام استأجر الحمام ودخل بنورة أو أخذه من رب الحمام يجوز استحسانا استأجر حماما بغير قدر واستأجر القدر من آخر فانكسر القدر بعد شهر فاجرة الحمام لازمة دون أجرة القدر لانه يمكنه ان يستأجر قدرا غيره و يستعمله فى الحمام استأجر حماما شهرا فعمل فيه من الشهر الثانى فلا أجر عليه فى الشهر الثانى وروى عن أصحابنا ان عليه أجرة الشهر الثانى للعرف قال رحمه الله (والحجام) أى جاز أخذ أجرة الحجام لما روى أنه عليه الصلاة والسلام احتجم واعطى أجرته و به جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فانعقد اجماعا وقالت الظاهرية لا يجوز لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان قلنا هذا الحديث منسوخ لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال له رجل ان لى عيالا وغلاما حجاما أفاطعم عيالى من كسبه قال نعم وانما فسرنا الصحة بالجواز لان العادة جارية هنا وفيما بعده لعدم جريان عقد فيه قال رحمه الله (لا أجرة عسب التيس) يعنى لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عسب التيس ومهر البغى ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال فلا يجوز أخذ الاجرة عليه ولا أخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس لا قيمة له فلا يجوز والمراد هنا استئجار التيس لينزو على الغنم ويحبلها باجر أما لو فعل ذلك من غير أجر لا باس به لان به يبقى النسل وفى المحيط ومهر البغى فى الحديث هو أن يؤاجر أمته على الزنا وما أخذه من المهر فهو حرام عندهما وعند الامام ان أخذه بغير عقد بان زنى بامته ثم أعطاها شيأ فهو حرام لانه أخذه بغير حق وان استأجرها ليزنى بها ثم أعطاها مهرها أو ما شرط لها لا باس باخذه لانه فى اجارة فاسدة فيطيب له وان كان السبب حراما قال رحمه الله (والاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه) يعنى لا يجوز استئجار هذه الاشياء وقال الامام الشافعى يجوز لانه استئجار على عمل غير متعين عليه وكونه عبادة لا ينافى ذلك ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد واداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وقال عليه الصلاة والسلام لعثمان بن أبى وقاص لا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة تقع للعامل فلا يجوز أخذ الاجر على عمل وقع له كما فى الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم الا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليها الاجير ٧ وكذا الاجير يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا تشترط أهلية المأمور فيهما بل أهلية الآمر حتى جاز ان يستأجر الكافر فيهما ولا يجوز فيما نحن فيه كذا قالوا و ينتقض هذا بما ذكروا فى باب الحج عن الغير ان الحج يقع عن الآمر وان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره قيد بافعال الطاعة لانه لو استأجره ليعلم ولده الكتابة أو النحو أو الطب أو التعبير يجوز بالاتفاق كذا فى التتارخانية وفى الكبرى تعليم الفرائض والحساب والوصايا باجر يجوز وفى الذخيرة لو استأجره ليعلم ولده الشعر والادب اذا بين له مدة جاز و يستحق المسمى اذا سلم نفسه تعلم أو لم يتعلم واذا لم يذكر له مدة فالعقد فاسد و يستحق أجرة المثل اذا تعلم اه وفيها أيضا و يجوز الاستئجار على تعليم الصنعة والتجارة والهدم والبناء والحفر وأشباه ذلك فاذا أجره عبده ليعلمه كذا على اعطاء المولى شيأ معينا فهو جائز وان شرط المعلم على المولى ان يعطيه فى كل شهر كذا ويقوم على غلامه فى تعليم كذا فهو جائز واذا لم يشترط كل واحد منهما شيأ فلما فرغ وتعلم قال المعلم لى الاجرة على رب العبد كذا وقال سيد العبد لى الاجرة على المعلم ينظر فى ذلك الى عرف تلك البلدة فان كان سيد العبد هو الذى يعطى فالاجرة عليه وان كان المعلم هو الذى يعطى فالاجرة على المعلم اه قال رحمه الله (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وهذا مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم ولان الحفاظ والمعلمين كان لهم عطايا فى بيت المال وافتقادات من المتعلمين فى مجازات التعليم من غير شرط وهذا الزمان قل ذلك واشتغل الحفاظ بمعاشهم فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن فأفتوا بالجواز والاحكام تختلف باختلاف الزمان وكان محمد بن الفضيل

يفتى بأن الأجرة تجب و يحبس عليها وفى الخلاصة اذا أخذ المعلم من الصبى شيأ من المأكول أودفع الصبى ذلك الى ولد المعلم لا يحل له بخلاف ثمن الحصر لان ذلك تمليك من أب الصغير اه وفى الحاوى للكرابيسى اذا استأجره ليختم عنده القرآن ولم يسم له أجرا ليس له أن يأخذ أقل من خمسة وأربعين درهما شرعا أما اذا سمى أجرا لزم ما سمى لكن يأثم المستأجر اذا عقد على أقل من خمسة وأربعين درهما الا أن يهب المستأجر ما بقى من تمام القدر أو يشترط أن يكون ثواب ما فوقه لنفسه فلا يأثم وكذا اذا قال اقرأ بقدر ما قدرت عليه فله من الاجر بقدر ما قرأ وهذا يجب حفظه كما فى المبسوط أقول وهذا فى عرفهم أما فى عرفنا فيجوز ذلك وفى الخلاصة رجل استأجر قوما يحملون جنازة و يغسلون ميتا ان كان فى موضع لا يجد من يغسله غيرهم ولا من يحمله فلا أجر لهم وان كان هناك غيرهم فلهم الاجر اه وفى المحيط استأجر الامام رجلا ليقتل مرتدا أو أسيرا أو لاستيفاء القصاص فى النفس لم يجز عندهما ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس يجوز ولو استأجر مصحفا ليقرأ فيه لم يجز وان قرأ فيه فلا أجر عليه والقاضى كالامام ولو استأجر القاضى رجلا ليقوم عليه فى مجلس القضاء شهرا جاز ولو استأجر من له القصاص رجلا ليقتص له فلا أجر له لا يجوز هذا العقد عند الاول والثانى ويجوز عند الثالث وفى قاضيخان أهل الذمة اذا استأجروا ذميا ليصلى بهم أو ليضرب الناقوس لهم لا يجوز ولو استأجر المجوسى مسلما ليقيم له النار لا بأس به لان الانتفاع بالنار مباح اه وفى النهاية يعنى يجوز الاستئجار على تعلم الفقه وفى الروضة وفى زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة ومثله فى الذخيرة ولا يجوز استئجار كتب الفقه والتفسير والحديث لعدم التعارف قال ابن قاضى زاده أقول وفيما ذكروا من وجه الاستحسان نظر قوى بيان ذلك هو أن مقتضى الدليل الاول أنه لا يمكن تحقيق ماهية الاجارة وهى تمليك المنافع بعوض فى الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسانا والاستحسان فرع تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى وهذا محل تسكب فيه العبرات أقول والجواب أن الاجارة فى تعلم القرآن والفقه على أمرين على التلقين والتعليم ففى القياس نظروا الى التعليم وجعلوا التلقين تابعا له فقالوا لا يمكن وفى الاستحسان نظروا الى التلقين وجعلوا التعليم تابعا له فقالوا بالجواز فاختلفت الجهة والاذان والامامة دخلا تبعا فتدبره فانه جيد وفى الظهيرية ومشايخ بلخ أفتوا بجواز ذلك اذا ضرب له مدة وعند عدم الاستئجار أصلا يجب أجر المثل اه وفى الملتقط ولو امتنع أبو الصبى من دفع الوظيفة جبر عليه وحبس عليه اه قال رحمه الله ﴿ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهى﴾ لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير أن يستحق عليه لان المبادلة لا تكون الا عند الاستحقاق وان أعطاه الاجر وقبضه لا يحل له و يجب عليه رده على صاحبه وفى المحيط من كتاب الاستحسان اذا أخذ المال من غير شرط يباح له وفى المحيط ذمى استأجر من مسلم أو ذمى بيعة يصلى فيها لم يجز لان صلاة الذمى معصية وان كانت طاعة فى زعمه ولو استأجر المسلم من المسلم مسجدا ليصلى فيه لم يجز لان المسجد لا يملك ولو استأجر ذمى دارا من مسلم فاتخذ فيها مصلى لنفسه لم يمنع فان جمع الجماعة وضرب الناقوس فلصاحبها منعه ولو أراد بيع الخمر فيها فان كان فى السواد لا يمنع وأما فى سواد خراسان فانهم يمنعون من ذلك لان الغالب فيها المسلمون مسلم يشرب الخمر فى داره و يجمع القوم يمنع من ذلك ولا يخرج من داره وكذا الذمى لو استأجر مسلما ليرعى له الخنازير ويجوز عند الامام خلافا لهما استأجر ذمى مسلما ليحمل له ميتا أو دما يجوز لان نقل الميت والدم لاماطة الاذى عن الناس مباح مات ميت من المشركين واستأجروا مسلما ليحمله الى بلدة أخرى قال أبو يوسف لا أجر له وقال محمد ان علم الاجير أنها جيفة لا أجر له لانه نقل ما لا يجوز له وان لم يعلم فله الاجر وفى الخانية الفتوى على قول محمد اه ولو استأجره لينقل الميت المشرك الى المقبرة يجوز كذا المحيط وفى المضمرات الغناء حرام فى جميع الاديان وكذا اذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب لا يجوز وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات وقال ظهير الدين من قال لمقرئ زماننا أحسنت عند قراءته يكفر وفى الكبرى رجل جمع المال وهو كان مطربا مغنيا هل يباح له ذلك ان كان من غير شرط يباح له وان كان بالشرط يرده على أصحابه وان لم يعرف يتصدق به وفى العتابية وأما المعصية نحو أن يستأجر نائحة أو مغنية أو لتعليم الغناء وفى فتاوى أهل سمرقند استأجر رجلا لينحت له مزمارا أو طنبورا أو بربطا ففعل يطيب له الاجر الا أنه يأثم فى الاعانة على المعصية ولو استأجر المسلم ليبنى له بيعة أو كنيسة جاز و يطيب له الاجر ولو استأجرته امرأة ليكتب لها قرآنا أو غيره جاز ويطيب له الاجر اذا بين الشرط وهو اعداد الخط وقدره ولو استأجر مسلما ليحمل له خمرا ولم يقل لأشرب به جازت الاجارة على قول الامام خلافا لهما وفى المحيط السارق أو

الغاصب لو استأجر رجلا يحمل المغصوب أو المسروق لم يجز لان نقل مال الغير معصية اه وفى شرح الكافى ولا تجوز الاجارة على شئ من الغناء واللهو والنوح والمزامير والطبل ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر فى ذلك هذا فى الطبل اذا كان للهو أما اذا كان لغيره فلا بأس به كطبل الغزاة وطبل العرس وفى الاجناس ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به لشهرة العرس وفى الولوالجية رجل استأجر رجلا ليضرب الطبل ان كان للهو لا يجوز وان كان للغزو والقافلة يجوز قال رحمه الله ﴿وفسد اجارة المشاع الامن الشريك﴾ أطلق فى قوله وفسد الى آخره فشمل مشاعا يحتمل القسمة أولا يحتملها وهو قول الامام وقالا يجوز بشرط بيان نصيبه وان لم يبين لا يجوز فى الصحيح لهما أن المشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما اذا استأجر من شريكه أو من رجلين وكالشيوع الطارئ بان مات أحد المستأجرين وكالعارية واذا جاز اعارة المشاع فاولى أن تجوز اجارته فان تأثير المشاع فى منع التبرع أقوى من تأثيره فى منع المعاوضة ألا ترى أن هبة المشاع لا تجوز وبيع المشاع جائز وللامام أن المقصود من الاجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف المبيع فان المقصود فيه الملك ألا ترى أنه يجوز بيع الجحش ونحوه ولا يجوز اجارته والتخلية اعتبرت تسليما فى محل يتمكن من الانتفاع وفى المشاع لا يتمكن من الانتفاع ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا يعتبر بالتهايؤ لانه يستحق حكما بملك المنفعة يصار اليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك وبخلاف ما اذا أجره من شريكه لانه لا شيوع فى حقه اذ الكل فى يده ولا عبرة لاختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على أنه روى عن الامام أنه لا يجوز لان استيفاء المنفعة التى تناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيب شريكه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر أحد زوجى المقراض لقرض الثياب وبخلاف ما لو أجر من رجلين لان العقد أضيف الى الكل ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر لتفرق الملك فيما بينهما وفيما اذا مات أحدهما انفسخ العقد فى نصيبه وبقى فى نصيب الآخر فطرأ الشيوع بعد القبض فلا يضر والعارية ليست بلازمة فلا يجب التسليم وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه لوجود اذنه فى ذلك فصار كله عارية ولا شيوع وفى المغنى الفتوى فى اجارة المشاع على قولهما وقال ابن فرشتة الفتوى فى اجارة المشاع على قول الامام وفى الخانية اجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم فاسدة فى قول الامام وعليه الفتوى اه وفى التهذيب واذا سكن يجب أجر المثل على قول الامام وفى التهذيب والشيوع الطارئ لا يفسدها اجماعا كما اذا أجر كلها ثم تفاسخا فى النصف أو مات أحدهما أو استحق بعضها يبقى فى الباقى وفى الصغرى وطريق جوازها فى المشاع أن يلحقها حكم لتصير متفقا عليها بعد المرافعة أو بعد العقد فاذا مات أحد المؤجرين بطلت الاجارة فى نصيبه وتبقى فى نصيب الحى صحيحة وفى الخانية فان رضى وارث الميت وهو كبير أن يكون حصته على الاجارة ورضى المستأجر جاز وان كانت اجارة المشاع لكنها من الشريك وفى الغياثية رجلان أجرا دارهما من رجل جاز وان فسخ أحدهما برضا المستأجر أو مات لا تبطل فى النصف الآخر وفى الاصل ولو استأجر علو منزل ليمر فيه الى حجرته لم يجز فى قول الامام وعندهما يجوز قال الطواويسى ينبغى أن لا يجوز بالاجماع وفى النوازل أنه يجوز قال القاضى أبو على النسفى وبه كان يفتى شيخنا وفى العتابية ولو كان البناء لرجل والعرصة لرجل آخر أجر صاحب البناء بناءه من صاحب العرصة اختلف المشايخ فيه والفتوى على أنه يجوز وفى الخلاصة لو استأجر العرصة دون البناء يجوز وفى المحيط لو استأجر نخلا أو شجرا ليبسط عليه ثيابا أو يشد بها الدابة ذكر القدورى أنه يجوز وذكر الكرخى فى مختصره أنه لا يجوز لان هذه ليست منفعة مقصودة من الشجر ولو استأجر شاة ليحلب لبنها أو صوفها لا ينعقد وفى المحيط لو استأجر حائطا ليضع عليها جذعا أو يبنى عليها سترة أو يضع فيه وتدا لا يجوز والحائط اسم للبناء فقد استأجر مالا ينتفع به فلا يجوز اجارة البناء وحده ولو استأجر طريقا ليمر فيه لم يجز عند الامام ويجوز عندهما قال رحمه الله ﴿وصح استئجار الظئر باجرة معلومة﴾ والقياس أن لا تصح لانها ترد على استهلاك عين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة والشاة لشرب لبنها والبستان ليأكل ثمرته والاستحسان أنه يجوز ودليله قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والاجماع فى ذلك وجرى التعامل به فى الاعصار وتحقيقها عقد يرد على التربية واللبن تابع لها وقال بعضهم العقد يرد على اللبن والتربية والخدمة تابعة لها واليه مال شمس الائمة وقال هو الاصح والاول أشبه بالفقه وأقرب اليه وقال فى الكافى وهو الصحيح والظئر المرأة ذات اللبن سواء كانت مسلمة أو كافرة حرة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة كذا فى قاضيخان وفى ابن فرشتة فلو عجزت المكاتبة وردت فى الرق يحكم أبو يوسف ببقاء العقد وأبطله محمد وفى المحيط لو أجرت الامة الفاجرة أو الكافرة نفسها ظئرا جاز لان الاجارة من التجارة ولو رضع الصبى جارية الظئر أو خادمها فلها الاجر كاملا لان الظئر بمنزلة الاجير المشترك ولو استأجرت

الظئر ظئرًا فارضعته فلها الاجر استحسانا ولو شرط عليها ان ترضع الصبي بنفسها فارضعته بمن ذكر فلها الاجر لان اشتراط الرضاع عليها بنفسها لا يفيد ولو اختلفا فقال أهل الصغير أرضعتيه بلبن شاة فلا أجر لك وقالت أرضعته بلبن آدمية فلي الاجر فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر يشهد لها وان اقاما البينة فالبينة بينتها لانها مثبتة وان شرطوا عليها ارضاع الصبي في منزل الاب فليس للظئر أن تخرج به منه لان الارضاع في منزل الاب أجود للصبي وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم ان لم يشترطوا ذلك اهـ ولا يخفى أنه لا بد من أن تكون المدة معلومة ولهذا قال في التجريد ولا بد أن تكون المدة معلومة وما جاز في استئجار العبد للخدمة جاز في الظئر وما بطل هناك بطل هنا وفي الاصل واذا اجازت هذه الاجارة ينظر بعد ذلك ان شرط في عقد الاجارة انها ترضع الصبي في منزل الاب اعتبر ولو لم يكن هناك شرط ينظر للعرف ان كانت ترضع في منزل الاب أو في منزلها يعمل به والا فلها الخيار ان شاءت أرضعت الصبي في منزل الاب أو في منزلها اهـ قال الاكمل فان قلت الظئر أجير خاص أو مشترك قلت هو أجير خاص يدل عليه لفظ المبسوط قال لو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم تضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص وذكر في الذخيرة ما يدل على انه كما يكون مشتركا يجوز أن يكون خاصا قال لو أجرت نفسها لقوم غير الاول ولو لم يعلم الاول فأرضعت كلا منهما صح وتصير المرضعة أمينة وهذه خيانة منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها تحتملهما معا فقلنا تجب الاجرة كاملا نظرا الى انها مشترك ويأثم نظرا الى أنها خاص قال رحمه الله ﴿وبطعامها وكسوتها﴾ وهذا عند الامام وقالا لا يجوز وهو القياس وجه قولهما أن الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للطبخ والخبز والجهالة لا تفضي الى المنازعة لان العادة جرت بالتوسعة عليها شفقة على الاولاد بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها والجهالة انما تمنع اذا أفضت الى المنازعة أطلق في طعامها أو كسوتها فشمل ما اذا بين جنسها أو لم يبين قال الحدادي اذا لم يوصف ذلك فلها المتوسط وفي الخلاصة واذا بين جنس الثياب أو صفتها وعرضها وبين كيل الطعام وصفته جاز بالاتفاق اهـ وفي المحيط لو اشترطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وسمت دراهم مسماة عند الفطام ولم تضف شيأ من ذلك جاز استحسانا عند الامام وقالوا معنى تسميته الدراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكان الدراهم فيكون معناه على التقدير سمى بدل الدراهم طعاما واذا بين كيل الطعام وصفته جاز بالاتفاق سواء كان حالا أو مؤجلا ولا يشترط أن يذكر أجلا وفي الكسوة يشترط بيان الاجل لانها لا تثبت بوصوفه في الذمة الا مؤجلا كذا في الشارح وغيره ولم يذكر المؤلف لمن تجب عليه أجرة الظئر ونحن نبين ذلك قال في قاضيخان استأجر ظئرا لترضع ولده شهورا فمات الاب فقال عم الصغير أرضعيه وأنا أعطيك الاجر فأرضعته شهرا بعد ذلك قالوا ان لم يكن للصغير مال حين استأجرها كانت الاجرة عليه من ماله واذا مات بطلت فاذا قال العم ذلك بعد موته ولم يكن وصيا كان ذلك على العم ولو كان للصغير مال حين استأجرها الاب لا تبطل الاجارة بموت الاب واذا امتنع الظئر من الرضاع والصغير لا يأخذ ثدي غيرها تخير على ان ترضعه بأجرة مثلها قالوا هذا اذا عقدت باذن الزوج واذا عقدت بغير اذنه فللزوج منعها واذا استأجر القاضي ظئرا لليتيم كان حسنا واذا كان للرضيع أم وليس له مال فأجرة ارضاعه على أقاربه بقدر ميراثهم منه ويجوز للاب أن يستأجر أمه لترضع ولده وبنته وأخته اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يمنع الزوج من وطئها﴾ لانه حقه فلا يمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ هذا العقد اذا لم يعلم به سواء كان يشينه اجارتها بان كان وجيها بين الناس أو لم يشنه وهو الاصح كما له أن يمنعها من الخروج وان يمنع الصبي من الدخول عليها لان الارضاع والسهر يذهب جمالها فكان له أن يمنعها من ذلك كما يمنعها من الصيام تطوعا لكن اذا ثبتت الزوجية باقرارهما ليس لهما ان تفسخ لانهما لا يصدقان في حق المستأجر كما اذا أقرت المنكوحة بالرق لا تصدق في حق بطلان النكاح وللمستأجر أن يمنع زوجها من دخول بيته وفي الاصل اذا عقدت بغير اذن الزوج والزوج لا يشينه ذلك فليس له حق الفسخ في الصحيح والمرأة اذا كانت من الاشراف وأجرت نفسها ظئرا فللاولياء حق الفسخ لدفع العار عنهم وفي الظهيرية ولولي الصبي ان يمنع أقارب الظئر من المكث في منزله واما الزيارة اذا كان يؤدي ذلك الى الاخلال بالقيام بمصالح الصغير له حق المنع والا فلا قال رحمه الله ﴿فان مرضت أو حبلت فسخت﴾ يعني اذا حبلت المرضعة أو مرضت فتفسخ الاجارة لان لبن الحبلى والمريضة يضر الصغير وهي أيضا يضرها الارضاع فكان لها ولهم الخيار ولو تقايأ الصبي لبنها لاهله الفسخ وكذا اذا كانت سارقة وكذا اذا كانت فاجرة ظاهرا فجورها بخلاف ما اذا كانت كافرة قال في النهاية ولا يبعد ان يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر لأن كفرها في اعتقادها ألا ترى انه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط

عليهما الصلاة والسلام ومابغت امرأة نبي قط هكذا قال عليه الصلاة والسلام ولم يتزوج نبي فاجرة وكذا اذا كان الصبي لايأخذ لبنها كان لهم أن يفسخوا ولها ذلك أيضا وكذا اذا عيرت به ولومات الصبي أو الظئر انقضت الاجارة وفي الخانية اذا ظهر الظئر كافرة أو زانية أو مجنونة أو حمقاء كان لهم الفسخ وفي الاصل أرادوا سفرا وأبت الخروج فلهم الفسخ وكذا اذا كانت سيئة بذية اللسان وكذا اذا أذاها أهله باللسان كان لها الفسخ وكذا اذا كان ألفها الصبي ولم يأخذ لبن غيرها وهي تعير بذلك كان لها الفسخ في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف ليس لها الفسخ قال شمس الائمة الحلواني الاعتماد على رواية أبي يوسف وفي المحيط انتهت مدة ارضاع الظئر والصغير لايأخذ الا ثديها تبقى الاجارة باجرة المثل جبرا عليها الان الاجارة كما لا تفسخ بالاعذار تبقى بالاعذار ولومات أبو الصغير لم تنقض الاجارة سواء كان للصغير مال أولم يكن له مال ولو استأجرها الترضع صبيين كل شهر بكذا فمات أحدهما سقط نصف الاجرة لانها لايمكنها الوفاء بهذا فانفسخت الاجارة ولو استأجر ظئرين فمات أحدهما بقي العقد في أحدهما وانفسخ في الاخرى بحصتها والفرق بين هذا وبين ما اذا مات أحد الصبيين ان في الظئر يقسم الاجر عليهما باعتبار قيمته لانهما متفاوتان في الارضاع وفي الصبي الايجار وقع لهما واستحق كل واحد منهما نصف البدل وهو لبن الظئر فيجب المبدل عليهما نصفان اهـ وفي المنتقى استأجر امرأته لترضع ابنه من مال الصغير فهو جائز ولو استأجر شاة لترضع ولده لايجوز لان لبن البهائم له قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز بخلاف لبن المرأة لانه لاقيمة له والاجارة على الخدمة ولو التقط صبيا فاستأجر له ظئرا حالا فالاجرة عليه وهو متطوع لانه لاولاية له على الصبي اهـ قال رحمه الله ﴿وعليها اصلاح طعام الصبي﴾ لان خدمة الصبي واجبة عليها وهذا منه عرفا وهو معتبر فيما لانص فيه وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد والدهن والريحان على الظئر كما هو عادة أهل الكوفة وفي عرف ديارنا مايعالج به الصبي على أهله وفي المضمرات والفتوى على أنه ليس على الظئر الدهن والريحان وطعام الصبي على أهله اذا كان الصبي يأكل الطعام وعلى الظئر ان تهيئه له وفي الينابيع وعليها طبخه وعليها أن تمضغ الطعام للصبي ولا تأكل شيأ يفسد لبنها وتضمن به قال رحمه الله ﴿فان أرضعته بلبن شاة فلا أجر﴾ لانها لم تأت بالواجب عليها من العمل وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع قال في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم أي يصب يقال له منه وجرت الصبي وأوجر بمعنى واحد اهـ أقول لقائل أن يقول ان كان هذا ايجارا لا ارضاعا فلا معنى لقول المؤلف فان أرضعته بل عليه أن يقول فاذا وجرته بدله وان كان ارضاع فكيف يقول الشارح هذا ايجار لا ارضاع والجواب ان هذا من باب المشاكلة وهو ذكر الشئ بلفظ الشئ غيره لوقوعه في صحبته كقوله * قلت اطبخوا لي جبة وقميصا * فذكر المؤلف الايجار بلفظ الارضاع لوقوعه في صحبته قيد بلبن الشاة لانها لو أرضعته بلبن خادمها أو جاريتها أو بلبن ظئر استأجرتها بلا عقد فلها الاجرة كما تقدم قال رحمه الله ﴿ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه أو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز﴾ لانه في المسئلة الاولى والثانية جعل الاجرة بعض مايخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان ولان المستأجر عاجز عن تسليم الاجرة لانه بعض مايخرج والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر على ذلك بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا فاذا نسج أو عمل فله أجر مثله لايجاوز به المسمى بخلاف مالو استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لايجب له شئ من الاجر لان الاجير ملك فيه النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الاجر هذا لانه لا يعمل شيأ لشريكه عملا لا يقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا قالوا قال الشارح وفيه اشكالان أحدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لاتملك الا في الصحيحة منها بالعقد سواء كانت عينا أو دينا على ماينا فكيف تملك هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل الثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لايستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملك اذا ملك بطريق الاجارة فاذا لم يستحق فكيف يملك وباي سبب يملك والجواب عن الاول انه ملك هنا بالتعجيل والتسليم كما صرح هو به في تقريره وصرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا ودفع اليه والجواب عن الثاني انه لامنافاة بين قوله ملكه في الحال وبين قوله لا يستحق الاجرة ولا يجب لان معنى ملكه في الحال يعني ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى لايستحق الاجر لبطلان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجر بالتسليم بسبب انه صار شريكا في الطعام قال في النهاية لو قال احمل لي هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا وتفسد الاجارة لانه في معنى قفيز الطحان وللاجير أجر مثله ان وصل الى بغداد لايتجاوز المسمى ومشايخ بلخ والنسفي جوزوا حمل الطعام ببعض المحمول ونسج

الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا ذلك وقالوا هذا التخصيص تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر والحيلة فى جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا فاذا عمل استحق الاجرة وفى الغياثية دفع الى حائك ثوبا لينسجه بنصفه أو بثلثه أو ربعه فالاجارة فاسدة عند علمائنا وبه أفتى الامام السرخسى والسيد الامام الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بالجواز لعرف بلادهم وفى الظهيرية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وشمس الائمة الحلوانى والقاضى أبو على النسفى اهـ وفى التتارخانية لو استأجر ثورا ليطحن له أردبا ببعض منه أو حمارا ليحمل له أردبا ببعض منه فالاجارة فاسدة ولو استأجر حانوتا بنصف ما يربح فيه فالاجارة فاسدة وفى المحيط لو استأجر حائكا لينسج هذا الثوب بنصفه على أن يزيد رطلا من عنده فنسج وزاد فله أجر مثل عمله ويضمن صاحب الثوب للحائك رطلا من الغزل وأما الثالث وهو ما اذا استأجره ليخبز له طول النهار بدرهم فلأن ذكر الوقت يوجب كون المعقود هو المنفعة وذكر العمل يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فان وقع على المنفعة استحق الاجر بمضى الوقت عمل أو لم يعمل وان وقع على العمل لا يستحق الا بالعمل فيفسد العقد وهو قول الامام وقالا العقد جائز ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر وان لم يعمل فى اليوم فعليه أن يعمل فى الغد وذكر اليوم للتعجيل فصار كما اذا استأجره للعمل على أن يفرغ منه فى هذا اليوم يجوز بالاجماع والفرق للامام هنا ان اليوم لم يذكرهنا الا اثبات صفة فى العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالذات وفى مسئلة الكتاب ذكر اليوم قصدا وفى الغياثية لو استأجره ليخيط له هذا الثوب قميصا اليوم بدرهم لم يجز عند الامام ولو قال ليخيط ولم يذكر الوقت يجوز ولو قال ليخيطه قميصا ويفرغ فى اليوم جاز ولو قال بشرط أن يفرغ أو على أن يفرغ فى اليوم لم يجز فان قلت ورد فى باب الراعى اذا جمع بين المدة والعمل يعتبر الاول قال فى المحيط لو استأجره شهرا ليرعى غنمه بدرهم أوقع العقد على العمل لما قدم ذكر العمل على الوقت والعلة التى اقتضت فساد العقد فى مسئلة الجمع بين المدة والعمل فمقتضى النظر أن يفسد فى الراعى كما فى مسئلة الكتاب ويجوز فى مسئلة الكتاب كما جاز فى مسئلة الراعى ترجيحا للمقدم فى الذكر وما الفارق بينهما أقول الفارق بينهما قال فى الاصل والاصل عند الامام انه اذا جمع بين الوقت والعمل انما يفسد العقد اذا ذكر كل واحد منهما على وجه لا يصلح أن يكون معقودا عليه لان ذكر الوقت والعمل على وجه لا يجوز افراد العقد عليه لا يفسد العقد بيانه اذا استأجر رجلا يوما ليبنى له بالجص والآجر جاز بلا خلاف وان جمع بين الوقت والعمل فكان ذكر البناء لبيان نوع العمل وهذا العمل فى هذه المسئلة لا يجوز افراد العقد عليه حتى لو ذكر العمل على وجه يجوز افراد العقد عليه فان بين قدر البناء لا يجوز ذلك عند الامام اهـ فعلى مسئلة الخبز بين قدر المحل تفسد وفى مسئلة الراعى لم يبين قدر الغنم المرعى فلا يفسد والحمد لله الذى هدانا لهذا وعن محمد اذا استأجره ليحمل له هذا اليوم ومعلوم انه لا يمكن حمله اليوم فهو على المحل دون الوقت اهـ قال رحمه الله ﴿وان استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح﴾ لانه شرط يقتضيه العقد وهو ملائم له فلا يفسد العقد قال رحمه الله ﴿وان شرط أن يثنيها أو يكرى أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى﴾ لا يعين لا يجوز لان أثر التثنية وكرى الانهار والسرقنة يبقى بعد مضى عقد الاجارة فيكون عقد فيه نفع لصاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد ولان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير بعد مضى المدة فتصير صفقة فى صفقة فلا يجوز حتى لو كانت بحيث لا تبقى بان كانت المدة طويلة لو كان البيع لا يحصل الا به لا يفسد اشتراطه لانه مما يقتضيه العقد واختلفوا فى التثنية قال بعضهم هو أن يردها مكروبة وقال بعضهم هو أن يكربها مرتين وذكر شيخ الاسلام اذا شرط على المستأجر أن يردها مكروبة بعد الاجارة فالمسئلة على وجهين ان قال صاحب الارض أجرتك بكذا بان تردها مكروبة بعد مضى العقد فالعقد جائز وأما اذا قال أجرتك على أن تكربها بعد العقد فى هذا الوجه العقد فاسد وان أطلق الكراب ينصرف الى ما بعد العقد ويصح العقد وأما اذا شرط أن يكرى أنهارها يفسد العقد ومن المشايخ من فرق بين الجداول والانهار فقال اشتراط كرى الجداول صحيح قال فى الكافى الصحيح لا يفسد بهذا العقد بخلاف اشتراط كرى الانهار وأما اذا شرط عليه أن يسرقنها فلا يخلو اما أن يكون السرقين من عند المستأجر فقد شرط عليه عينا هو مال فان كان تبقى منفعته الى العام الثانى لا يفسد كذا فى الاصل ومقتضى النظر أن يفصل فيها بان يقال ان كان الارض لا يظهر ريعها الا بالسرقين فهو شرط ملائم للعقد فلا يفسد وان كان يظهر ريعها من غير سرقنة فهو شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين فيفسد وأما استئجار الارض بارض أخرى ليزرعها الآخر يكون بيع الشئ بجنسه

نسيئة وهو حرام كما عرف فى موضعه قال رحمه الله (لا كاجارة السكنى بالسكنى) يعنى لا يجوز اجارة السكنى بالسكنى لان الجنس بانفراده يحرم النسا واليه أشار محمد حين كتب له محمد بن سماعة لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار أخرى بقوله فى جوابه أطلت الفكرة وأصابتك الحيرة وجالست الحيارى أى فكان منك ذلة وما علمت ان اجارة السكنى بالسكنى بالدين كبيع الدين بالدين بنسيئة قال صاحب العناية فى هذا الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النسا انما يكون عن اشتراط أجل فى العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى ان النسا انما يتصور فى مبادلة موجود فى الحال بما ليس كذلك وما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود وانما يحدثان شيأ فشيأ وأجيب عن الاول بانه لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه و يحدث شيأ فشيأ كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وعن الثانى بان الذى لم تصحبه الباء تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر فيتحقق النسا وفى الشارح والاولى أن يقال ان الاجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة الى استئجار المنفعة بمنفعة من جنسها ولو استوفى أحدهما المنفعة فى المسئلة فعليه أجر المثل فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى عن أبى يوسف لا شئ عليه ووجه ظاهر الرواية انه استوفى المنفعة بعقد فاسد فيجب أجر المثل وعند الشافعى يجوز هذا العقد اهـ قال رحمه الله ﴿وان استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له﴾ يعنى لو استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام بينهما لا يستحق المسمى ولا أجر المثل لان العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسى لا يمكن وجوده فى الشائع ولهذا يحرم وطء الجارية المشتركة وضربها واذا لم ينعقد لم يجب الاجر أصلا ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريكه فيه بخلاف ما لو استأجر دارا مشتركة بينه و بين غيره ليضع فيها الطعام حيث يجوز لان المعقود عليه المنفعة ويستحق بتحقق تسليمها بدون وضع الطعام و بخلاف العبد المشترك حيث يجوز استئجاره ليخيط له قميصا لكن المعقود عليه انما هو نصيب الاجر وهو أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع وبخلاف اجارة المشاع عند الامام حيث يجب فيها أجر المثل لان فساد العقد للعجز عن التسليم واذا سكن تبين عدمه وقال الامام الشافعى يجوز وفى العيون والكبرى كل شئ استأجره أحدهما من صاحبه مما يكون العمل فيه لهما فانه لا يجوز فان عمل فلا أجر له وذلك مثل الدابة يعنى لو استأجر دابة مشتركة لحمل طعام بينهما فلا أجر له وكل شئ استأجره أحدهما من صاحبه مما لا يكون العمل فيه لهما فهو جائز نحو الجوالق والسفينة والدار قال فخر الدين والفتوى على ما ذكر فى العيون وفى النوادر استأجر رجلين ليحملا له هذه الحنطة الى منزله بدرهم فحملها أحدهما فله نصف الدرهم وهو متطوع اذا لم يكونا شريكين قبل العمل وكذا اذا استأجرهما لبناء حائط أو حفر بئر فلو كانا شريكين فى العمل يجب الاجر كله ويكون بينهما وفى الاصل استأجر قوما ليحفر واله سردابا باجارة صحيحة فعملوا وتعاونوا فى العمل ان كان يسيرا قسم الاجر بينهما على عدد الرؤس وان كان فاحشا يقسم على قدر العمل وان لم يعمل أحدهما لمرض أو عذر سقطت حصته وفى الغياثية لرجل بيت على نهر فجاء آخر بحجر ومتاعها فوضعهما فى البيت واشتركا على أن يطحنا حبوب الناس فما حصل قسماه نصفين جاز وهو شركة التقبل وليس للبيت والمتاع أجر قال رحمه الله ﴿كراهن استأجر الرهن من المرتهن﴾ يعنى لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز فى مسئلة الراهن لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره فلا يتأتى منه تمليك المنافع بعوض لان التمليك من غير المالك محال والراهن انما يمكن من الانتفاع من حيث انه ملكه ومن انتفع بملك نفسه لا أجرة عليه قال رحمه الله ﴿ومن استأجر أرضا ولم يذكر انه يزرعها أو أى شئ يزرعها فضى الاجل فله المسمى﴾ لان الارض تؤجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم وكذا ما يزرع فيها يختلف كما تقدم فلا يجوز العقد حتى يبين ما يزرع و يبين جنسه واذا زرع ومضى الاجل جاز استحسانا لان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا قال صاحب العناية فى حل قوله قبل تمام العقد ينقض الحكم أقول لا يخفى على ذى تامل ان جعل العقد تاما ينقض الحكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن تتم به وتمام الشئ من أثر بقائه به والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد قال فى النهاية فان قيل اذا ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع فيها ما يضر بالارض فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق شئ احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار بالآخر ولا ينفرد به أحدهما قلت الاصل اجازة العقد

عند انتفاء المانع لان العقود تصح بقدر الامكان والمانع الذى فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما وعند استيفاء المنافع يزول هذا اه وفى غاية البيان ويجب المسمى اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضى العقد اه وفى بعض النسخ قيل وهذا تحريف من الكاتب يعنى اذا كان بعده فله أجر المثل لا يقال هذه المسئلة متكررة مع قوله والارض للزراعة ان بين ما يزرع لانا نقول الاول باعتبار ما يصح من العقود وذكرها هنا باعتبار ما يفسد من العقود قال الاكمل لا يقال هذه المسئلة متكررة مع ماذكره أول الباب لان ذلك وضع القدورى وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة قوله فله يشير الى انه انعقد فاسدا او زال الفساد بالزرع على ما فيه قال رحمه الله (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لان العين أمانة فى يده وان كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد يعتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه فلا يضمن ما لم يتعدى فاذا تعدى ضمن ولا أجر عليه قال رحمه الله (وان بلغ مكة فله المسمى) لان الفساد كان لجهالة ما يحمل فاذا حمل عليه شيأ تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد ولو استأجر دابة وجحد الاجارة فى أثناء الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند أبى يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله اه قال رحمه الله (وان تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الاجارة دفعا للفساد) اذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع والحمل فان قلت حكم الاجارة الفاسدة نقضها قبل تمام المدة ووجوب الاجرة بعد الاستعمال فكان ينبغى أن يقدم على وجوب الاجرة بعد الاستعمال قلنا قدم الاجرة لكثرة وقوعها فتأمل ولا يخفى ان رفع الفاسد واجب سواء تشاحا أولم يتشاحا فكان عليه أن لا يقيده بذلك ولو قال وعليهما أن يرفعا العقد لكان أولى لان رفعه واجب عليهما تشاحا أولا والله تعالى أعلم

﴿باب ضمان الاجير﴾

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع فى بيان الضمان لانه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانها كذا فى غاية البيان ولا يخفى ان الاجير على ضربين خاص ومشترك فشرع المؤلف يبين ذلك ولا يخفى ان معنى ضمان الاجير اثباتا ونفيا ولو لم يكن معناه ذلك بل معناه اثبات الضمان فقط لزم ان لا يصح عنوان الباب على قول الامام أصلا لانه لا ضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والخاص قال رحمه الله (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) قال الاكمل والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعنى ان السؤال عن توجيه تقديم المشترك يتوجه على تقدير العكس فلا مرجح سوى الاختيار قال صاحب النهاية فان قلت تعريف المشترك بقوله من يعمل لغير واحد تعريف يدل على عاقبته الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ولو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل ذلك لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لا يستحق الاجر حتى يعلم من هو فلا بد للمعرف ان يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم هو كذلك الا ان هذا تعريف للخفى بما هو أشهر منه فى مفهوم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه فى باب الاجرة متى تستحق فصار كانه قال وما عرفته بان الاجير هو الذى يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه واعترض بان الجواب فيه خلل من أوجه أما أولا فلان قوله فى أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن اصلاحه وأما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وماذكره فى التعريف أشهر منه فممنوع ولو كان كذلك فما صح الجواب اذا سئل عمن يستحق الاجرة حتى يعلم وأما ثالثا فلان المذكور فى باب الاجير حتى يستحق غير مختص بالاجير المشترك قال الاكمل تعريف الاجير المشترك يستلزم الدور لانا لا نعلم من يعمل لغير واحد حتى يعرف الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف به وهو الدور وأجيب بانه قد علم مما سبق متى يستحق الاجير بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف وقال بعضهم الاجير المشترك من يعمل لغير واحد كالخياط والصباغ اه وبيان ذلك ان معنى الاجير المشترك من لا يجب عليه ان لا يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يبعد عليه ان يعمل لغير واحد قال الشارح والاولى ان يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض والخاص من يكون

العقد

العقد وارداعلى منفعته ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة والمسافة ومنافعه معلومة فى حكم العين ففى المشترك المعقود عليه الوصف الذى يحدث فى العين بفعله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه التقبل وحكم الاجير المشترك أن يتقبل العمل لغير واحد والخاص لا يمكنه أن يعمل لغير واحد وفى الاصل ما معناه المشترك من يقع العقد على العمل المعلوم فيصح بدون بيان المدة والاجارة على المدة لا تصح الا ببيان نوع من العمل واذا جمع بين العمل والمدة يعتبر الاول فلو استأجر راعيا ليرعى له غنمه المعلومة بدرهم شهرا فهو أجير مشترك الا اذا صرح فى آخر كلامه بما يدل على انه خاص بان قال لا يرعى غنم غيرى واذا ذكر المدة أولا نحو ان يستأجر راعيا شهرا يرعى غنمه المعلومة بدرهم فهو أجير خاص الا اذا صرح فى آخر كلامه بما يدل على انه مشترك بان يقول ارع غنمى وغنم غيرى قال رحمه الله (ولا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ والخياط والنساج) لان الاجارة عقد معاوضة فيقتضى المساواة بينهما كما تقدم أقول لا يخفى ان هذا اختاره القدورى فى تعريف المشترك ولم يزد عليه قال صاحب العناية وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وفى العتابية المشترك الجمال والملاح والحائك والخائط والنداف والصباغ والقصار والراعى والحجام والبزاغ والبناء والحفار اه قال رحمه الله (والمتاع فى يده غير مضمون بالهلاك) يعنى لا يضمن ماذكر سواء هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة أو بما لا يمكن كالحريق الغالب والفارة المكابرة وهذا عند الامام وقالا لا يضمن اذا هلك بما يمكن التحرز عنه لان عليا وعمر ضمناه ولان المعقود عليه الحفظ وبما ذكر لم يوجد الحفظ التام كما فى الوديعة اذا كانت باجر وكما اذا هلك بفعله ولابى حنيفة ان القبض حصل باذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت والغصب ولو كان مضمونا عليه لما اختلف الحال ولا نسلم ان المعقود عليه هو الحفظ بل العمل والحفظ تبعا بخلاف الوديعة باجرة لان الحفظ وجب مقصودا و بخلاف ما اذا تلف بعمله لان العقد يقتضى سلامة المعقود عليه وهو العمل فاذا لم يكن سليما ضمن وقد روى عن عمر وعلى انهما كانا لا يضمنان الاجير المشترك وهو قول ابراهيم النخعى فيتعارض عنهما الرواية فلا تلزم حجة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ورد بان الاختلاف موجود بين الصحابة و بين أئمتنا رضى الله عنهم ومبنى الاختلاف ان عندهما الحفظ معقود عليه وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا لوجوبه فيكون العقد واردا عليه وعنده لا يكون واردا عليه وقد تقدم أن بقولهما يفتى فى هذا الزمان لتغير أحوال الناس وان شرط الضمان على الاجير فان كان فيما لا يمكن التحرز عنه لا يجوز بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وان كان فيما يمكن التحرز عنه يجوز عندهما خلافا للامام وفى الدراية أخذ الفقيه أبو الليث فى الاجير المشترك بقول الامام وبه أفتى وفى المزارعة والمعاملة الفتوى على قولهما لمكان الضرورة وفى السراجية وأفتى بعضهم بالصلح على نصف القيمة فيما هلك فى يد الاجير المشترك فيما يمكن الاحتراز عنه فى عمله وقيد بالهلاك ليحترز عن الخطا قال فى المحيط دفع الى قصار ثوبا ليقصره فجاء ليطلب ثوبه فدفع اليه القصار ثوبا ظانا انه له فهو ضامن له وكل من أخذ شيأ على انه له ولم يكن له فهو ضامن ولو كان صاحب الثوب أرسل رجلا ليأخذ ثوبه فلا ضمان على الرسول وان أخذ الرسول الثوب بغيبة القصار فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمن القصار أو الرسول وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر اه وفى المضمرات واذا ضمن عندهما ان كان الهلاك قبل العمل ضمن قيمته غير معمول ولا أجر عليه وان كان بعد العمل فرب الثوب ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر عليه وان شاء أعطاه قيمته معمولا ويعطيه أجرته قال فى شرح الطحاوى معناه يحط عنه قدر الاجرة ولو ادعى الرد على صاحبه وصاحبه ينكر القول قول الاجير عند الامام ولكن لا يصدق فى دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب قال رحمه الله (وما تلف من عمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الجمال وانقطاع الحبل الذى يشد به الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون) هذا جواب المسائل كلها وقال الامام الشافعى وزفر لا يضمن لانه مأذون فيه فصار كالمعين للدقاق والامر المطلق ينتظم العمل بنوعيه المعيب والسليم ولا يمكن التحرز عن الدق المعيب ولنا ان التلف حصل بفعل غير ماذون فيه لان المأذون فيه هو السليم دون غيره عرفا وعادة فيضمن وفى المحيط ولو تخرق لتقصيره فى العمل أو لعدم معرفته بالعمل يضمن عندنا وعند زفر وقيد بقوله بعمله فشمل عمله بنفسه وعمل أجيره لانه عمله حكما قال فى المحيط ثم الاجير المشترك انما يضمن ما تلف فى يده بشرائط

ثلاثة الاول أن يكون فى قدرته دفع ذلك الفساد فلولم يكن له قدرة على ذلك كالوغرقت السفينة من موج أو ريح أو جبل صدمها لاضمان على الملاح الثانى أن يكون محل العمل مسلما اليه بالتخلية فلولم يكن محل العمل مسلما اليه بان كان رب المتاع فى السفينة أو وكيله فانكسرت السفينة بجذب الملاح لم يضمن وأما الثالث وهو ان يكون المضمون مما يجوز ان يضمن بالعقد فلواستأجر دابة لحمل عبد صغير أوكبير فلاضمان على المكارى فيما عطب من سوقه أوقوده قال فى المحيط لو تلف من فعل أجير القصار لامتعمدا فالضمان على القصار لاعلى الاجير لان التلف حصل من عمل القصارة ولو وطئ ثوبا فتخرق ينظر ان كان يوطأ مثله لاضمان عليه لانه ماذون دلالة وان كان لايوطا بان كان رقيقا ضمن ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا من القصارة أوحمل شيأ فوقع على ثوب القصارة فتخرق فالضمان على الاستاذ ولواستأجر رجلا ليخدمه فوقع شئ من يده من متاع البيت ففسد لايضمن ولو وقع الأجير على ثوب وديعة عند الاستاذ فتخرق ضمن الاجير لانه ليس بمأذون فيه وذكر فى الاصل انفلتت المدقة من يد الاجير فاصابت شيأ فضمانه على القصار ولم يفصل بين ثوب القصارة وغيره ومشايخنا فصلوا فقالوا ان وقع على ثوب الوديعة ابتداء وخرقه ضمن الاجير وان وقع على ثوب القصارة ابتداء يضمن الاستاذ دون الاجير لانها انفلتت ابتداء على ثوب الوديعة فهذا عمل غير ماذون فيه فيضمن فاما اذا انفلتت على ثوب القصارة ابتداء فهو عمل ماذون فيه الاجير فيضمن الاستاذ وعلى هذا التفصيل اذا أصاب آدميا وقالوا لومشى الضيف على بساط المضيف فتخرق من مشيه لم يضمن لانه ماذون فيه وكذا لوانقلبت الاوانى فانكسرت بخلاف مااذا وطئ آنية من الاوانى فافسدها يضمنها لانه ليس بمأذون فيه ولوجفف القصار ثوبا على حبل فمرت حمولة فخرقته فالضمان على الحمال والراعى اذا ساق الغنم فماتت أو وطئ بعضها بعضا فمات ان كان أجيرا مشتركا ضمن وان كان أجيرا خاصا فلاضمان عليه اهـ مختصرا وقوله من دقه أى دقه حقيقة أوحكما كدق أجيره وقوله كزلق الحمال قال فى الجامع الصغير استأجر حمالا ليحمل له كذا الى موضع كذا فزلق الحمال فى أثناء الطريق ان حصل بجناية يده ضمن وان حصل بمالم يمكن الاحتراز عنه لايضمن عند الامام وعندهما يضمن وفى الذخيرة هذا اذا تلف فى وسط الطريق ولو زلقت رجله بعدما انتهى الى المكان المشروط فله الاجر ولاضمان عليه وهو قول محمد أخيرا وعلى قوله أولا يضمن هنا أيضا وفى الولوالجية ولومطرت السماء فافسدت الحمل أوأصابته الشمس ففسد فلاضمان على قول الامام وعند أبى يوسف يضمن وفى الاصل استأجر دابة ليحمل عليها شيأ فعثرت الدابة فوقع الحمل أو المملوك لايضمن المملوك ويضمن الحمل قالوا انما يضمن المتاع اذا كان الصبى لايصلح لحفظ المتاع لانه لو كان يصلح له لايضمن المتاع ولومر بالدابة على قنطرة وفيها حجر أوثقب فوقع فيه حمله فتلف يضمن وقيد بزلق الحمال المستأجر لانه لولم يستأجره قال فى المحيط استأجر قدرا فلما فرغ حمله على حماره فزلق رجل الحمار فوقع فانكسر القدر فان كان الحمار يطيق حمل ذلك فلاضمان عليه وان كان لايطيق فانه يضمن اهـ قوله وانقطاع الحبل الذى يشد به الحمل قال محمد فى الاصل اذا انقطع حبل الحمال وسقط الحمل وتلف ضمن قيد بقوله يشد به الحمل لانه لو كان الحبل لصاحب المتاع لايضمن قال فى العناية ولوحمل بحبل صاحب المتاع فتلف لم يضمن وقال فى الهداية وقطع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنعه ولقائل ان يقول تقدم أن الاجير المشترك لايضمن ماتلف فى يده ان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز وفرق بان التقصير هنا فى نفس العمل فيضمن وهناك فى نفس الحفظ فلايضمن ولو قال رب المتاع للحمال احمله فحمله فسقط لم يضمن لان التسليم اليه لم يتم ولوحمله ثم استعان فى موضعه برب المتاع فوضعه فتلف ضمن عند أبى يوسف ولم يضمن عند محمد ولو قال احمل أيهما شئت هذا بدرهم وهذا بنصف درهم فحملهما فله نصف أجرهما ونصفهما ان هلكا ولوحمل أحدهما أولا فهو متطوع فى الثانى ويضمنه ان هلك لانه حمله بغير اذن ولواستأجره ليحمل له جلود ميتة فوقعها وأتلفها فلاأجر ولاضمان لانه ليس بمال ولو استأجره ليحمل هذه الدراهم الى فلان فانفقها فى نصف الطريق ثم دفع مثلها الى فلان فلاأجر له لانه ملكها باداء الضمان وفى الواقعات استأجره ليحمل كذا فى طريق كذا فاخذ فى طريق آخر تسلكه الناس فتلف لم يضمن قوله وغرق السفينة من مدها أطلق فى قوله من مدها فظاهره أنه يضمن سواء كان رب المتاع معه أولم يكن وليس كذلك قال فى الاصل الملاح اذا أخذ الاجرة وغرقت السفينة فى موج أو ريح أومطر أوفزع وفى الخانية أومن شئ وقع عليها أومن شئ

ليس فى وسعه دفعه فلا ضمان عليه وان حصل الغرق من أمر يمكن التحرز عنه فكذلك عند الامام وعندهما يضمن وان حصل الغرق من مده وصاحب المتاع معه لم يضمن وفى الاصل وان كان صاحب المتاع فى السفينة أو وكيله وغرقت السفينة من مده ومعالجته فلا ضمان الا أن يخالف بان يضع فيها شيأ أو يفعل فيها فعلا متعمدا الفساد وهذا بخلاف ما اذا أجرت الدابة فسقط المتاع فهلك وصاحب المتاع معه فان الاجير يضمن اه والمراد بالمد حبل السفينة التى تمد به وفى التتمة استأجر سفينة ليحمل عليها الامتعة هذه فادخل الملاح عليها أمتعة أخرى بغير رضاه وغرقت وهى كانت تطيق ذلك لم يضمن الملاح اه قال رحمه الله ﴿ولا يضمن به بنى آدم﴾ ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة ولو كان بسوقه وقوده لان الآدمى لا يضمن بالعقد وانما يضمن بالجناية قيل هذا اذا كان كبيرا ممن يستمسك بنفسه ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح أنه لا فرق قال رحمه الله ﴿وان انكسر دن فى الطريق ضمن الحمال قيمته فى محل حمله ولا أجر أو فى موضع الانكسار وأجره بحسابه﴾ أما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل غير مفسد والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا وأما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن متعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أى الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا من الابتداء ضمنه قيمته ولا أجر له وان مال الى كونه مأذونا فيه فى الابتداء وانما حصل التعدى عند الكسر ضمنه قيمته فى موضع الكسر وأعطاه الاجر بحسابه قال فى شرح الطحاوى معناه أسقط قدر الاجرة هذا اذا انكسر بصنعه بان زلق وعثر فان عثر بغير صنعه بان زحمه الناس لا يضمن عند الامام ولا أجر له وعندهما يضمن قيمته فى موضع ما انكسر ولا يخير لان العين مضمونة عندهما على ما بينا قال فى التتارخانية هذا اذا انكسر الدن بجناية يده أما اذا حصل لا بجناية يده فان كان بامر لا يمكن التحرز عنه لا ضمان عليه بالاجماع وان هلك بامر يمكن التحرز عنه فكذلك عند الامام وعندهما يجب الضمان وللمالك الخيار وقوله فى الطريق قال فى الذخيرة قيد احترازى فاذا انكسر الدن بعد ما انتهى به الى بيته فله الاجر ولا ضمان عليه وهذا قول محمد آخرا أما على قول أبى يوسف وهو قول محمد أولا يجب أن يكون ضامنا اه وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاغ لم يتعد الموضع المعتاد﴾ لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما اذا حد القاضى أو عزر ومات المضروب بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز عن ذلك كدق الثوب فامكن تقييده بالسليم بخلاف الفصد ونحوه فانه ينبنى على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير السارى فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد هذا كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف دية النفس لانه هلك بمأذون وغير مأذون فيضمن بحسابه حتى لو ان الختان قطع الحشفة وهو عضو كامل يجب عليه الدية كاملة وان مات وجب نصف الدية وهى من أندر المسائل وأغربها حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلاك الاقل وفى شرح الطحاوى لو قطع الحشفة فعليه القصاص ولو قطع بعض الحشفة فلا قصاص عليه ولم يذكر ما يجب عليه وفى الصغرى تجب حكومة عدل وفى الخلاصة الكحال اذا أصاب الدواء فى عين رجل فذهب ضوءه لم يضمن كالختان الا اذا غلط فان قال رجلان انه ليس بأهل وقال رجلان هو أهل لم يضمن فان كان فى جانب الكحال واحد وفى جانب الآخر اثنان ضمن ولو قال رجل للكحال داو بشرط أن لا يذهب بصره فذهب لم يضمن أمر رجلا ان يقلع سنه فقلعه ثم اختلفا قال أمرتك ان تقلع غيره وقال الحجام أمرتنى بقلع هذا القول قول الآمر اه وفى الظهيرية ولو بزغ واختلفا فالقول للآمر ويضمن القالع أرش السن وفى الخلاصة ولو قلع ما أمره ولكن سن آخر متصل بهذا السن سقط ضمنه وظاهر عبارة المؤلف ان الضمان ينتفى بعدم المجاورة وذكر فى الجامع الصغير وحجامة العبد بأمر المولى حتى اذا لم يكن بأمر المولى يجب الضمان قال فى الكافى عبارة المختصر ناطقة بعدم التجاوز وساكتة عن الاذن وعبارة الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به هذا بيانا لما سكت عنه الآخر ويستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه قال رحمه الله ﴿والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم﴾ يعنى الاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة عمل أو لم يعمل قال الاكمل وما يرد على تعريف الاجير المشترك يرد مثله على تعريف الخاص اه وسمى الاجير خاصا ووحدا لانه يختص بالواحد وليس له أن يعمل لغيره ولان منافعه صارت مستحقة للغير والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنع مانع من العمل

كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن ولم يتعرض المؤلف لما اذا عمل لمتعدد ونحن نبين ذلك قال فى المحيط ولو أجر نفسه من غيره وعمل للاول والثانى استحق الاجر كاملا على كل واحد منهما ولا يتصدق بشئ ويأثم اهـ قال صاحب الهداية والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يستحق الاجر عليه وان نقض العمل قال صاحب النهاية نقض على البناء للمفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد فى خياط خاط ثوب رجل فنقضه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط ان ان يعيد العمل لانه لو أجبر لكان بحكم العقد الذى وقع فى ذلك قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى نقض فعليه ان يعيد العمل لانه لما نقضه صار كانه لم يحصل منه عمل ومثله الاسكافى والملاح حتى اذا أراد الملاح رد السفينة منع من ذلك وانما يكون أجيرا خاصا اذا شرط عليه ان لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولا فانه جعله خاصا باول كلامه حيث ذكر المدة أولا وقوله لرعى غنمه يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير مشتركا ويحتمل ان يكون لبيان نوع العمل فان الاجارة على المدة لا تصح مالم يبين نوع العمل فلم يعتبر حكم الكلام الاول بالاحتمال ولو قدم ذكر العمل وأخر المدة بان قال ارع غنمى بدرهم شهرا كان أجيرا مشتركا لانه جعله مشتركا باول كلامه بايقاع العقد على العمل وقوله شهرا يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيكون خاصا ويحتمل ان يكون لتقدير العمل فى المدة فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال مالم يصرح بخلافه وفى المحيط فاذا كان خاصا فماتت شاة أو أكلها سبع أو غرقت فى نهر فلا ضمان على الراعى لانه أمين ولا ينقص من الاجر بحسابها لان المعقود عليه تسليم نفسه وقد وجد ولهذا لو سلم نفسه ولم يأمره بالرعى تجب الاجرة وهو يصدق فيما يدعيه من الهلاك مع اليمين ولو سلم الى الراعى عددا فاراد أن يزيد عليه والراعى يطيقه فله ذلك استحسانا لان المستحق عليه الرعى بقدر ما يطيق لا رعى أغنام بعينها حتى قلنا فى الظئر لو استأجرها لارضاع صبى فاراد ان يرضع صبيا آخر ليس له ذلك لان العقد وقع على العمل وفيه زيادة عمل ولو كان الراعى أجيرا مشتركا لكان حكمه حكم الظئر لتعلق العقد بالمسمى فلا يزيد عليه ويلزمه رعى الاولاد وما بيع منها سقط من الاجر بحسابه ولو شرط عليه رعى الاولاد صح استحسانا لان هذه الجهالة غير مفضية الى المنازعة راع مشترك خلط الاغنام فالقول فى التمييز للراعى مع يمينه ان جهل صاحبه وان جهل الراعى يضمن قيمة الكل لان الخلط استهلاك شرط على المشترك ان يأتى بعلامة الميت ان لم يأت فهو ضامن وليس للراعى ان ينزى على الغنم الا باذن مالكها فان فعل فعطب ضمن لان هذا ليس من الرعى فان نزى الفحل بدون فعله لم يضمن عند الامام وعندهما يضمن لانه مما يمكن الاحتراز عنه ندت واحدة فخاف على الباقى ان تبعها فلا ضمان عليه عند الامام لانه ترك حفظها بعذر وعندهما يضمن ولو سرق غنم وهو نائم لم يضمن عند الامام وعندهما يضمن ولو ذبح الراعى شاة خوفا عليها ضمن قيمتها يوم الذبح قال مشايخنا هذا اذا كان يرجى حياتها وان كان لا يرجى لا يضمن لانه مأذون فيه فى هذه الحالة عطب بعض الغنم فقال المالك شرطت عليك ان ترعى فى مكان كذا غير هذا المكان وقال الراعى شرطت هذا المكان فالقول قول المالك والبينة للراعى وهذا عند الامام وعندهما يضمن ولا يأخذ المصدق من الراعى فان أخذ منه فلا ضمان لانه ليس فى وسعه دفع السلطان والهلاك اذا كان بامر لا يمكن التحرز عنه لا يضمن بالاجماع جعل الاجرة لبنها وصوفها فالاجارة فاسدة للجهالة فى اللبن والصوف والراعى ضامن لما أصاب من لبنها وصوفها اهـ مختصرا قال رحمه الله ﴿ولا يضمن ما تلف فى يده أو بعمله﴾ أما الاول فلان العين أمانة فى يده لانه قبضها باذن مالكها فلا يضمن بالاجماع وهذا ظاهر على قول الامام وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان وقد تقدم وجهه والاجير الخاص يعمل فى بيت المستأجر ولا يقبل الاعمال من غيره فاخذ فيه بالقياس وأما الثانى فلان المنافع صارت مملوكة للمستأجر وأمره بالصرف الى ملكه فصح وصار نائبا عنه وصار فعله منقولا اليه لانه فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الاجر وان لم يعمل وهذا لان المبيع منفعته وهى سليمة وانما الخرق فى العمل الذى هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن يضمن شيأ ما هو عليه فلا يشترط فيه السلامة فلا يضمن ما تلف الا اذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدى كالمودع وفى المحيط وعلى هذا التفصيل فى الضمان تلميذ القصار وأجيره كسائر الصنائع قال رحمه الله ﴿وصح ترديد الاجير بترديد العمل فى الثبوت نوعا وزمانا فى الاول﴾ يعنى يجوز أن يجعل الاجر مترددا بين تسميتين ويجعل العمل مترددا فى الثوب بين نوعى العمل بان يقول ان خطت فارسيا فبدرهم أو روميا فبدرهمين أو صبغته بعصفر فبدرهم وبزعفران فبدرهمين أو يجعل العمل مترددا بين زمانين بان يقول ان خطته اليوم فبدرهمين وان خطته غدا فبنصف درهم يجوز فى الاول دون الثانى وهو معنى قوله وزمانا فى الاول ويجوز التردد بين ثلاثة أشياء

ولا

ولا يجوز بين أكثر كما تقدم ولو قال المؤلف رحمه الله تعالى وصح ترديد الاجر بترديد العمل نوعا وزمانا فى الاول فيما دون الاربعة لكان أولى لانه يفهم من الاطلاق انه يصح فى أكثر من الاربعة وهذا خيار التعيين الا أنه لا بد فى البيع من اشتراط الخيار وفى الاجارة لا يشترط ذلك والفرق ان تحقيق الجهالة فى البيع لا يرتفع الا باثبات الخيار بخلاف الاجارة واستشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التى فى طرف الاجرة ترتفع كما ذكر أما التى فى طرف العين المستأجرة فهى ثابتة وتفضى الى المنازعة فينبغى أن لا يصح بدون شرط اليقين اهـ وهذا التفصيل فى الزمان قول الامام وقالا الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر لمقابلته بدلان فيكون مجهولا ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت وغدا للتعليق فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان وللامام فى الاول قال فارسيا ورو ميا فسمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل منهما بدلا معلوما فيجوز للامام أيضا اذا كان الترديد فى الزمان ان ذكر اليوم للتعجيل والغد للاضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم دليل المجاز وقد قام الدليل على ارادة المجاز فى ذكر اليوم وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين فى المجاز لان تعين العمل مع التوقيت مفسد فان تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت يوجب كونه خاصا و بينهما تفاوت فلا يجتمعان فتعين المجاز كى لا يفسد فحملاه على التعجيل وفى الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز بل قام الدليل على ارادة الحقيقة وهو الاضافة يعنى فى التعليق فتركاه على حقيقته فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر غد للاضافة لم يجتمع فى اليوم الا نسبة واحدة فلم يفسد فاذا خاطه اليوم فله الدراهم واجتمع فى غد تسميتان فوجب حمله على الاضافة وهذا يناقض ما قدمه من انه ان كان العمل أولا فالزمان لغو أو الزمان أولا فالعمل لغو فهو فى الاول أجير مشترك وفى الثانى أجير خاص فاذا خاطه فى غد فله أجر مثله لا يزاد على نصف درهم بخلاف الفارسية والرومية لانهما عقدان مختلفان لم يجتمعا فافترقا ويشكل على ما قال به فى اليوم والغد مسئلة الراعى فانها جمع فيها بين ذكر الوقت والعمل وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقى فى قول أحد بل يعتبر أجيرا مشتركا ان وقع ذكر العمل أولا وأجيرا وحده ان وقع ذكر الوقت أولا كما ذكر فى الذخيرة والمحيط قال صاحب الكافى وفى المسئلة اشكال على قول الامام حيث جعل ذكر اليوم للتعجيل ههنا حتى أجاز العقد وفى مسئلة الخياط جعله للتوقيت وأفسد العقد والجواب ان ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة ولم نعمم هناك وكان التوقيت مرادا ففسد العقد وقوله ترديد الاجرة قيد اتفاقى لانه لا فرق بين ترديد الأجرة ونفيها لما قال فى المحيط البرهانى لو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك قال محمد فى الاملاء ان خاطه فى اليوم الاول فله درهم وان خاطه فى اليوم الثانى فله أجر مثله لا يزاد على درهم فى قولهم جميعا لان اسقاط الاجر فى اليوم الثانى لا ينفى وجوبه فى اليوم الاول ونفى التسمية فى اليوم الاول لا ينفى أصل العقد فكان فى اليوم الثانى عقد لا تسمية فيه فيجب أجر المثل اهـ بلفظه وفى التتارخانية بعد ان ذكر هذا الفرع هذا اذا جمع بين الامرين فلو أفرد العقد على اليوم بان قال ان خطته اليوم فلك درهم ولم يزد على هذا فخاطه فى الغد لم يذكر محمد هذا فى شئ من الكتب وكان الفقيه أبو بكر البلخى يقول على قولهما يستحق أجر المثل اذا خاطه فى غد وعلى قول الامام القائل ان يقول يجب وللقائل ان يقول لا يجب ذلك وان يقول هذا العقد هنا فاسد على قول الامام لانه جمع بين الوقت والعمل ولم تقم قرينة على انه أراد بالوقت التعجيل فما وجه القول بالصحة وفى العتابية ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته فى غد فلا شئ لك فسد العقد لانه شرط القمار وقيل يصح فى اليوم ويفسد فى الغد ولو قال ما خاطه اليوم فبحساب درهم وما خاطه غدا فبحساب نصف درهم يفسد لانه مجهول ولو قال ما خاطه من هذه الثياب روميا فبكذا وفارسيا فبكذا يفسد للجهالة وهذا التفصيل فى صورة المتن هو المذكور فى الجامع الصغير وحكى الفقيه عن أبى القاسم الصفار ينبغى أن يفسد العقد فى اليوم والغد بلا خلاف فان خاطه فى الغد فله أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم وهذا يشير الى أنه يجوز ان يزيد على نصف درهم وهو رواية الاصل وفى المسئلة روايتان وصحح القدورى رواية ابن سماعة وهو الصحيح وهو المذكور فى المتن ولم يتعرض لما اذا خاط بعضه فى اليوم وبعضه فى غد ونحن نبين ذلك قال فى العناية ولو خاطه نصفه فى اليوم ونصفه فى الغد يجب فى اليوم نصف درهم وفى الغد أجرة مثله لا يزاد على نصف درهم ولا ينقص عن ربع درهم وقوله زمانا فى الاول قيد اتفاقى لانه لو ردد فى الأجرة كذلك وأطلق فى قوله زمانا فى الاول فشمل ما اذا قدم الاول وأخر الغد وقدم الغد وأخر اليوم يصح العقد فى الغد ويفسد فى اليوم قال فى الغياثية ولو بدأ بالغد ثم اليوم

فعند الامام الصحيح هو الاول وفى اجارة الاصل لو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ذكر الخلاف على نحو ما ذكر فى المتن قال رحمه الله ﴿وفى الدكان والبيت والدابة مسافة وحملا﴾ يعنى يجوز أن يجعل الاجر مترددا فى الدكان بان يقول ان سكنت حدادا فبدرهمين وان سكنت عطارا فبدرهم أو يتردد بين مسافتين فى الدابة أو بين حملين بان يقول ان ذهب الى بغداد فبكذا والى الكوفة بكذا أو ان حملت قطنا فبكذا وان حملت حديدا فبكذا وهذا قول الامام وعندهما لا تجوز هذه الاجارة لهما ان الاجرة والمنفعة مجهولتان لان الاجر فى الأجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى أى العملين يقدر ولأى التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجارة لا تجب فيه الا بالعمل وبه ترفع الجهالة وبخلاف الترديد فى اليوم والغد لانه عندهما كمسئلة الرومية أو الفارسية فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم هذا هو القاعدة فان قلت فما الفرق على قولهما بين الترديد فى العمل والزمان حيث جوزاها ومنعاه فى البيت والدكان والامام جوزهنا ومنع فى الزمان قلت قالا التفاوت فى السكنى فاحشة فمنعاه والامام قال هو رضى باد خال الضرر على نفسه فاجازه وللامام انه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجرا معلوما فوجب ان يجوز كما فى الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع فالظاهر ان يستوفى المنافع وعند الاستيفاء ترفع الجهالة بخلاف الترديد فى اليوم والغد على ما تقدم وهنا يجوز الترديد بين شيئين بان يقول أجرتك هذه الدار كل شهر بمائة أو هذه الدار بمائتين أو هذه الدار بثلاثمائة ولا يجوز بين أكثر من ذلك لما تقدم وفى الكبرى واختلف المشايخ على قول الامام فى مسئلة الدابة والدار اذا سلم ولم يسكن ولم يحمل عليها ولم يركبها قال بعضهم يجب أقل الاجرين وهو المقابل بادنى العملين والزائد مشكوك فيه فلا يجب بالشك وقال بعضهم اذا وجد التسليم ولم توجد المنفعة جعل التسليم لهما اذ ليس أحدهما باولى من الآخر فيجب نصف أجر كل من الحداد والقصار ونصف أجر الحمل ونصف أجر الركوب وفى التتارخانية وذكر الكرخى من استأجر دابة من بغداد الى البصرة بخمسة والى الكوفة بعشرة فان كانت المسافة الى البصرة نصف المسافة الى الكوفة فالعقد جائز وان كان أقل أو أكثر لا يجوز على قول محمد وقال الامام يجوز وفى نوادر هشام عن محمد اذا قال لغيره ان حملت هذه الخشبة الى موضع كذا فبدرهم وان حملت هذه الاخرى الى موضع كذا فبدرهمين فحملهما الى ذلك الموضع فله درهمان وهو يخالف رواية ابن سماعة اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط﴾ لان مطلق العقد تناول الخدمة فى الاقامة وهو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف اليه فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانه أشق ولان مؤنة الرد على المولى فيلحقه ضرر بذلك فلا يملكه الا باذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنة الرد عليه ولم يوجد العرف فى حقه لا يقال لما ملك المنفعة ملك ان يسافر به كالمولى لانا نقول المولى انما ملك ذلك لانه ملك الرقبة قيد بقوله ولا يسافر فأفاد ان له أن يستعمل فيما دون السفر ففى المحيط استأجر عبدا ليخدمه ولم يبين مكان الخدمة له ان يستخدمه بالكوفة دون خارج الكوفة قال شمس الأئمة يعنى لا يسافر بالعبد وله أن يخرجه الى القرى وأفنية المصر ويستخدمه الى العشاء الأخيرة وليس له ان يضر به وله ان يكلفه أنواع الخدمة ويخدم ضيفانه وامرأته وأطلق فى قوله ولا يسافر وهو مقيد بما اذا لم يكن متهيئا للسفر وقد عرف بذلك لان المعروف كالمشروط ولو سافر به صار غاصبا ولا أجر عليه ان سلم لان الضمان والاجر لا يجتمعان وفى المحيط لا يكلفه الخبز والطبخ والخياطة وعلف الدواب قال تفسيره ان يعقده خياطا يخيط للناس أو خبازا يخبز للناس لانه ليس من الخدمة بل من التجارة واما اذا خاط له أو خبز له فله ذلك لانه من أنواع الخدمة ولو دفع عبده الى حائك ليعلمه النسج واشترط عليه أن يحذقه فى ثلاثة أشهر لم يجز لان التحذيق ليس بعلم معلوم ولو أجر عبده سنة فاعتق العبد فى خلال السنة جاز عتقه والعبد بالخيار ان شاء أجاز العقد فيما بقى وله أجر ما بقى من السنة وان شاء فسخ وليس للعبد أن يقبض الأجرة الا بوكالة من المولى فان كان المولى قبض الأجرة معجلا فاعتق العبد فى خلال السنة فان أجاز العبد العقد فيما بقى سلم ذلك للسيد ولو كان العبد هو الذى أجر نفسه باذن المولى ثم أعتق العبد فله الخيار كما تقدم الا ان العبد هو الذى يقبض الأجرة وفى الغياثية وان قبض المولى جميع الأجرة قبل عتقه فذلك له ان لم يكن على العبد دين وان كان صرف الى غرمائه والفضل له لانه كسب عبده وأفاد قوله استأجر عبدا ان كلا منهما ذكر لانه لو استأجر أمة لا بد فيه من تفصيل أو استأجر المرأة ذكر لتخدمه لا بد فيه من تفصيل أو استأجرت حرا لا بد فيه من تفصيل ولو أجر عبده سنة فأقام العبد بينة ان مولاه أعتقه قبل الاجارة فالأجرة للعبد ولو قال العبد أنا حر وقد فسخت الاجارة

فلم يقم بينة ودفعه القاضى الى مولاه فأجبر على العمل فأقام بينة انه حر وان المولى أعتقه قبل الاجارة فلا أجر للعبد لانه لولم يقل فسخت كان الأجر للعبد ولو كان غير بالغ وادعى العتق وقد أجره وقال فسخت ثم عمل فالاجر للغلام اهـ مختصرا وفى التتارخانية ويكره للرجل أن يستأجر امرأة للخدمة حرة كانت أو أمة وان كان له عيال فلا بأس بذلك اذا كان ثقة وبه يفتى ولو استأجر الرجل امرأته للخدمة لا يجوز ولا أجر لها ولو لغسل الثياب والخياطة يجوز ولو استأجرت المرأة زوجها للخدمة لا يجوز ولا أجر عليها لو خدم ولو استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولا أجر له لا فرق بين الكافر والمسلم ولو استأجر أباه لرعى غنمه يجوز ولو استأجر أمه أو جدته للخدمة لا يجوز ولو خدم فله المسمى ولو استأجر عمه وهو أكبر منه أو أخاه وهو أكبر منه لا يجوز وفى فتاوى الفضلى لا يجوز اجارة المسلم نفسه من كافر فى الخدمة وفيما غير الخدمة يجوز وذكر فى صلح الاصل ادعى على خوارزمى فصالحه على خدمة عبده سنة كان له أن يخرج بالعبد الى أهله قال شمس الأئمة الحلوانى لم يرد باخراجه الى أهله السفر وانما أراد القرية وأفنية المصر وقال شمس الأئمة السرخسى له فى مسئلة الصلح ان يسافر بخلاف مسئلة الاجارة اهـ ويطلب الفرق قال رحمه الله ﴿ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور عليه أجر ادفعه لعمله﴾ يعنى لو استأجر رجل عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل وأعطاه الأجر ليس للمستأجر أن يأخذ منه والقياس له أن يأخذه منه لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لانه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فله ان يسترده قياسا وفى الاستحسان لا يسترد لان التصرف من العبد فى هذه الحالة نافع على تقدير السلامة ضار على تقدير الهلاك والنافع مأذون فيه فيملكه العبد فيخرج الاجر عن ملكه فبعد ما سلم تمحض نفعا فى حق المولى لانه اذا جاز تحصل للمولى الأجر ولو لم يجز ضاعت منافع العبد فتعين القول بالجواز وصح قبض العبد الأجرة فلا يسترد بخلاف ما اذا هلك العبد فى حالة الاستعمال فانه يجب على المستأجر قيمته واذا ضمن صار غاصبا من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الأجرة الصبى المحجور عليه اذا استأجر نفسه وسلم فان الأجرة له لانه غير ممنوع عما ينفعه وفى النهاية الاجر الذى يجب فى هاتين الصورتين هو أجر المثل فان أعتقه المولى فى نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد وأجر ما مضى للمولى والأجرة فى المستقبل للعبد وفى قاضيخان الأب والجد ووصيهما اذا أجر عبد الصبى سنين ثم بلغ الغلام لم يكن له أن يفسخ والصبى اذا أجر نفسه وسلم ثم بلغ له أن يفسخ الاجارة اهـ وفى المحيط المكاتب اذا أجر عبده ثم عجز المكاتب ردفى الرق فالاجارة باقية فى قول أبى يوسف وقال محمد تنتقض اهـ وفى التتارخانية ولو أجر الرجل عبدا ثم استحق وأجاز المستحق الاجارة فان كانت الاجارة قبل استيفاء المنفعة جاز وكانت الاجرة للمالك وان أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تعتبر الاجارة ولا أجر للعاقد وان أجاز فى بعض المدة فالماضى له والباقى للمالك عند أبى يوسف وقال محمد أجرة ما مضى للغاصب وما بقى فهو للمالك اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره﴾ معناه اذا غصب رجل عبدا فاجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الأجرة فأكلها فلا ضمان عليه عند الامام وقالا عليه ضمانه لانه أتلف مال الغير بغير اذنه ولا تأويل له وللامام ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده أو بيد نائبه وهذا ليس فى يده ولا يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه ولا العبد بل العبد وما فى يده فى يد الغاصب فلم يكن محرزا فلا ضمان فصار نظير المال المسروق فى يد السارق بعد القطع ولان الأجرة بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها وما تردد بين أصلين توفر فيه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الاجر فى يده فقلنا المالك أحق به ورجحنا جانب الغاصب فى حق الضمان وقلنا لا ضمان عليه اذا أكل الأجرة بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه بالاتلاف تعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه بالتعدى كالام ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو أجر العبد كان الاجر له قال رحمه الله (ولو وجده ربه أخذه﴾ يعنى لو وجد رب العبد ما فى يد العبد من الأجرة أخذه لانه أخذ عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما فى المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك قال رحمه الله ﴿وصح قبض العبد أجره﴾ يعنى لو قبض العبد الأجرة من المستأجر جاز قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد اليه فيصح لكونه مأذونا فى التصرف النافع وهذه مكررة مع قوله ولا يأخذ مستأجر من عبد محجور الى آخره لانه أفاد صحة القبض ومنع الأخذ فهى تكرار بلا فائدة فتأمل قال رحمه الله ﴿ولو أجر عبده هذين الشهرين

شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والاول بأربعة ﴾ لانه لما قال أولا شهرا بأربعة انصرف الى مايلى العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لان الاوقات فى حق الاجارة بمنزلة الاوقات فى حق اليمين ان لا يكلم فلانا الان تنكرها مفسد فتعين عقبها فاذا انصرف الاول الى مايليه انصرف الثانى تحريا للاخير لانه أقرب الاوقات اليه فصار كما لو صرح به قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما يستقيم اذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين قلت رأيت فى المبسوط وغيره استأجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اه وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك وأجيب بان المذكور فى الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما فى كلام المؤجر من التنكير فكان الاولى أن يقول ولو قبل اجارة عبد الى آخره فلو قال ذلك لكان أولى وكان يسلم من الاعتراض فتأمل قال رحمه الله ﴿ولو اختلفا فى اباق العبد ومرضه حكم الحال﴾ يعنى لو استأجر عبدا شهرا مثلا ثم قال المستأجر فى آخر الشهر أبق أو مرض فى المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر استناده الى أول المدة فقال أصابه قبل ان تأتينى بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من شهد له الحال مع يمينه لان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده فى الحال يدل على وجوده فى الماضى فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة كما اذا اختلفا فى جريان ماء الطاحون وهذا اذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لانه لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق والظاهر يصلح له فان كان يشهد للمؤجر ففيه اشكال من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحق بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب فقد أقر بالوجوب عليه واذا أنكره يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل الا بحجة وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقتنى قبل ولادتى فهو حر وقال المولى أعتقتها بعده فهو رقيق فالقول قول من الولد فى يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع نخلا فيه ثمرة واختلفا فى الثمرة معها كان القول قول من فى يده الثمرة وهذا كله اذا اتفقا على قدر الاجرة واختلفا فى الوجوب فلو اختلفا فى قدر الاجرة واتفقا فى الوجوب قال فى فتاوى قاضيخان ولو اختلفا فى الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال صاحب الثوب بدانقين فايهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاماها فبينة الصباغ وان لم يكن لهما بينة ينظر مازاد الصبغ فى قيمة الثوب فان كان درهما أو أكثر يؤخذ بقول الصباغ فيعطى درهما بعد يمينه بالله ماصبغه بدانقين وان كان مازاد الصبغ فيه أقل من دانقين كان القول قول رب الثوب مع يمينه على ماادعى الصباغ فان كان يزيد فى قيمة الثوب نصف درهم يعطى الصباغ نصف درهم مع يمينه كما تقدم وان كان ينقص الصبغ الثوب كان القول قول صاحب الثوب اه قال فى المحيط وغيره واذا اختلف شاهدا الاجرة فى مقدارها ان كانت الحاجة الى القضاء بالعقد قبل استيفاء المعقود عليه فالشهادة باطلة سواء كان يدعى أقل المالين أو أكثرهما فان كانت الحاجة الى القضاء بالدين بان وقع الاختلاف بعد الاستيفاء وقد تقدم ٧ ولو اختلفا فى نفس المنفعة فشهد أحدهما بالركوب والآخر بالحمل أو قال أحدهما بزعفران وقال الآخر بعصفر لم تقبل الشهادة هذا ان اتفقا على العين المؤجرة فلو اختلفا فيها قال فى المحيط ولو اختلفا فى العين المؤجرة بان قال المؤجر أجرتك هذه الدابة وقال المستأجر بل هذه يتحالفان ولو اختلفا فى جنس الاجرة وأقاما البينة وكل بينة تثبت الزيادة تقبل بينة كل فيما يدعيه ولو اختلفا فى المسافة فقال أحدهما مثلا فى ديارنا الى الخانكا وقال الآخر الى بلبيس يتحالفان وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقاماها جميعا أخذ ببينة رب الدابة فى اثبات الاجرة وببينة المستأجر فى اثبات زيادة المسافة قال رحمه الله ﴿والقول لرب الثوب فى القميص والقباء والحمرة والصفرة والاجر وعدمه﴾ يعنى اذا اختلف رب الثوب والخياط فى المخيط بان قال رب الثوب أمرتك ان تعمل قباء وقال الخياط قميصا أو فى لون الصبغ بان قال رب الثوب أحمر وقال الصباغ أصفر أو فى الاجرة بان قال صاحب الثوب عملته بغير أجرة وقال الصباغ باجرة كان القول قول رب الثوب وظاهر العبارة أنه لا فرق بين كون رب الثوب معروفا بلبس مانفاه أولا والذى يقتضيه النظر ان كان معروفا بلبس مانفاه أن يكون القول قول الخياط وان لم يكن معروفا أو جهل الحال يكون القول قول رب الثوب اما اذا اختلفا فى الخياطة والصبغ فلأن الاذن يستفاد منه فهو أعلم بكيفيته لانه اذا أنكر الاذن أصلا كان القول قوله فكذا اذا أنكر وصفه لان الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيأ لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه ثوبا غير معمول ولا أجر له أو قيمته

معمولا وله أجر مثله لايجاوز به المسمى على ما بينا وعن محمد انه يضمن ما زاد الصبغ فيه لا يقال هذه مكررة مع قوله ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء الى آخره لانا نقول هناك اتفقا على نوع العمل واختلفا في الاجرة وهنا اتفقا على الاجرة واختلفا في نوع العمل فلا تكرار وأما اذا اختلفا في الاجرة فلان المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر والصباغ يدعيه فكان القول للمنكر وهذا قول الامام وقال الثاني ان كان الصابغ حريفاله أى معاملا له بان كان يدفع اليه شيأ للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر والافلا وقال محمد ان كان الصابغ معروفا بهذه الصنعة بالاجرة كان القول قوله والافلا لانه لما فتح الدكان لذلك جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا بظاهر المقاصد وقولهما استحسان والقياس قول الامام والفتوى على قول محمد فان قلت هذه متكررة مع قوله وبخياطة قباء وأمر بقميص فالجواب ان تلك باعتبار الضمان وهذا باعتبار أن القول لرب الثوب عند الاختلاف فلا تكرار وفي التتارخانية ولو اختلف هو والقصار في أجر الثوب فقال القصار بربع درهم وقال رب الثوب عملته بقيراط فان اختلفا قبل الشروع في العمل تحالفا وترادا وان كان بعد الفراغ من العمل فالقول قول رب الثوب ولم يحكم مقدار ما زادت القصارة فيه اه والله أعلم

﴿باب فسخ الاجارة﴾

ذكر الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجوده لا محالة فناسب ذكره آخرا قال رحمه الله ﴿وتفسخ بالعيب﴾ أى تفسخ الاجارة بالعيب وظاهر قوله تفسخ أفاد انها لا تتوقف على رضا الآخر ولا على القضاء وفي التتارخانية واذا تحقق العذر هل ينفسخ بنفسه أو يحتاج الى الفسخ اشارات الكتب متعارضة ففي بعضها ينفسخ بنفس العذر وبه أخذ بعض المشايخ وفي عامتها يحتاج الى الفسخ وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح وقيل العقد ينفسخ بدون الرضا قيل هو الصحيح وبعض المشايخ قال ان كان العذر يمنع المضي ينفسخ بنفسه ولا يحتاج الى القضاء وان كان لا يمنع المضي يحتاج الى القضاء اه وفي الزيادات يرفع الامر الى القاضي ليفسخ الاجارة قال شمس الائمة رواية الزيادات أصح كذا في الخلاصة وفي الجامع الصغير يشترط لصحة الفسخ الرضا أو القضاء اه وأطلق المؤلف في العيب وقال في البدائع هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر فان كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط في الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سكناها الى آخره بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه اذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع الى المعقود عليه فأوجب له الخيار فله أن يفسخ ثم انما يلي الفسخ اذا كان المؤجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما فلو كان لا يضر بها فليس له الفسخ كالعبد المستأجر اذا ذهب احدى عينيه وهي لا تضر بالخدمة أو الدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها وان كان يؤثر في السكنى أو الخدمة كالعبد اذا مرض أو الدابة اذا دبرت أو الدار اذا سقط منها حائط ينتفع به في السكنى ولو استأجر دارين فسقط من أحدهما حائط أو منع مانع من أحدهما أو وجد في أحدهما عيب ينقص السكنى فله أن يتركهما جميعا اذا كان عقد عليهما عقدا واحدا اه قال الشارح لان العقد يقتضي سلامة البدل فاذا لم يسلم فات رضاه فله أن يفسخ كما في البيع والمعقود عليه هنا المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب خيار الفسخ فاذا فعل المؤجر ما زال به العيب فلا خيار للمستأجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعده فسقط اختيار الفسخ واذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب يلزمه جميع البدل وفي الظهيرية وذلك اما أن يكون من قبل أحد العاقدين أو من قبل المعقود عليه وفي التجريد اما أن يمنع الانتفاع أو ينقص الانتفاع بالمنفعة ولما تنوع العيب الى هذه الانواع شرع يبين الانواع فقال رحمه الله ﴿وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى﴾ يعني تنفسخ الاجارة بهذه الاشياء ولو بين المؤجر الدار وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس له أن يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر أن يمنع منه وفي النوادر بني المؤجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستأجر أن يفسخ العقد ان شاء وهو مخالف لما تقدم ولو انقطع ماء الرحى والبيت وبقي ما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شئ من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمه حصته وقوله وخراب الدار الى آخره يفيد ان الاجارة تنفسخ بهذه الاشياء وفي الذخيرة الاجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء وفي الخانية فان بنى الدار بعد الفسخ فليس للمستأجر أن يسكنها وفي التتارخانية والسفينة المستأجرة اذا انقضت وصارت ألواحا ثم أعيدت سفينة أخرى لم يجز تسليمها للمستأجر اه ومثل انقطاع ماء

الرحى انكسار الحجر وفى التتارخانية ولو استأجره ليزرع أرضه ببذره ثم بداله أن لا يزرع كان عذرا ولو استأجر أرضا ليزرعها فغرقت أو تربت أو سبخت كان ذلك عذرا فى فسخها وفى الاصل استأجر أرضا ليزرعها شيأ سماه فزرعها ذلك وأصاب الزرع آفة وذهب وقت الزراعة لذلك الزرع فأراد أن يزرع ماهو أقل منه ضررا أو مثله فله ذلك والا فسخت ولزمه مامضى من الاجرة قيد بانقطاع الرحى ليحترز عن النقصان فى الرحى فان كان النقصان فاحشا فله حق الفسخ وان كان غير فاحش فليس له حق الفسخ قال القدورى اذا صار الطحن أقل من نصف الحنطة أولا فهو فاحش قال رحمه الله ﴿وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين ان عقدها لنفسه﴾ قال الشارح وفيه اشارة الى أنه لا يحتاج الى حكم الحاكم اهـ والظاهر أن فيه اشارة اليه قال فى المفيد والمزيد وقال بعضهم لا لكن يرفع الامر الى القاضى ويقضى بالفسخ ولا يحتاج فى ذلك الى دعوى وللعلماء فى ذلك طريقان أحدهما أن يرفع الامر الى القاضى بالفسخ الثانية أن يبيع العين المؤجرة ويحكم القاضى فيها بالصحة وانفساخ الاولى وهى طريقة ماوراء النهر وقال الشافعى لا تبطل بموت أحدهما ولنا أن العقد ينعقد ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة فاذا مات المؤجر انتقل الملك الى الوارث ومنفعته اليه والمنافع المستحقة بالعقد هى المملوكة للمؤجر وقد فات بموته فتنفسخ قال فى العتابية ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة وسط الطريق كان للمستأجر أن يركبها الى المكان المسمى وقد مات أحدهما أو عقدها لنفسه وأجيبت بان ذلك للضرورة وأنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى فى وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه ينتقض أو وجد قاض ينتقض اهـ وفى المحيط اذا مات رب الدابة نظر القاضى ماهو الاصلح للورثة ان رأى بيع الجمل وحفظ الثمن أنفع للورثة فعل وان رأى ابقاء الاجارة فان كان بقية فالافضل الابقاء وان كان غير بقية فالافضل فسخها فان فسخها وأقام البينة أنه أوفاه الكراء رد عليه بحساب مابقى ولو أنفق المستأجر على الدابة شيأ لم يحسب له الا اذا كان باذن القاضى اهـ وفيه أيضا واذا مات أحدهما وفى الارض زرع يترك الى الحصاد ويكون على المستأجر أو على ورثته مابقى من الاجر لانها كما تفسخ بالاعذار تبقى بالاعذار اهـ وأطلق فى الموت فشمل الموت الحكمى كالارتداد وكذا فى المحيط وفى الذخيرة واذا سكن بعد الانفساخ بغير عقد فالاصح ان كانت معدة للاستغلال تلزمه أجرة المثل والا فلا لانه غاصب قال رحمه الله ﴿وان عقدها لغيره لا كالوكيل والوصى والمتولى فى الوقف﴾ يعنى لا تنفسخ بموت أحدهما اذا كان عقدها لغيره كما ذكرنا لبقاء المستحق عليه والمستحق لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا واذا مات أحد المستأجرين أو المؤجرين بطلت الاجارة فى نصيبه وبقيت فى نصيب الحى وقال زفر بطلت فى نصيب الحى أيضا لان الشيوع مانع من صحة الاجارة قلنا ذلك فى الابتداء لا فى البقاء لانه يتسامح فى البقاء مالا يتسامح فى الابتداء وأطلق فى الوكيل فشمل الوكيل بالايجاب والوكيل بالاستئجار قال فى الذخيرة وأما الوكيل بالاستئجار اذا مات تبطل الاجارة لان التوكيل بالاستئجار توكيل شراء المنافع فيصير مشتريا لنفسه ثم يصير مؤجرا من الموكل اهـ أقول لعل هذا اذا لم يسلم الى الموكل أما لو سلم لا تبطل فتدبره وفى الظهيرية أمر رجلا أن يستأجر دارا بعينها سنة للموكل فاستأجرها المأمور وتسلمها وأبى أن يدفعها للآمر حتى مضت السنة قال أبو يوسف لا أجر عليه ولا على الآمر وقال محمد يجب الاجر على الآمر ولم يتعرض لما اذا قبض الناظر الاجرة معجلة أو غيره ثم مات فنقول اذا كان الوقف أهليا والغلة للقابض فآجر وقبض الاجرة معجلة ثم مات قبل انتهاء المدة ففى الفتاوى وغيرها للذى انتقل له الحق أن يأخذ من المستأجر أجرة ما آل اليه بالموت فان كان الميت ترك مالا رجع بذلك على ماله وان لم يترك مالا لا يرجع المستأجر بشئ وضاع عليه وان كان الناظر فى وقف غير أهلى فمات بعد القبض قبل انتهاء المدة لا يضع ذلك عليه ويرجع على جهة الوقف وفى مال الميت المتروك قال رحمه الله ﴿وتنفسخ بخيار الشرط﴾ يعنى اذا شرط المؤجر أو المستأجر خيار الشرط أو شرط كل منهما خيار الشرط ثلاثة أيام فله أن يفسخ الاجارة به عندنا وقال الامام الشافعى لا يصح شرط الخيار فى الاجارة لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله ان كان الخيار له وان كان المشروط له الخيار المؤجر لا يمكنه التسليم أيضا على الكمال لان المنافع تحدث ساعة فساعة ولنا أنه عقد معاوضة ولا يجب قبضه فى المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع ولأن الخيار شرط فى البيع للتروى فكذا فى الاجارة لانها تقع بغتة من غير سابقة تأمل فيمكن أن يقع غير موافق فيحتاج الى الاقالة فيجوز اشتراط الخيار فيها بخلاف النكاح لانه ليس بمعاوضة فلا يصح شرط الخيار فيه وبخلاف الصرف والسلم فلا يصح شرط الخيار فيهما لانه يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض

فى المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا بخيار الشرط للضرورة بخلاف البيع لانه يمكن فسخ البيع فى جميع المبيع فلا ضرورة ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضى بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفى المبيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة وقد تقدم فى البيع أنه يشترط حضور الآخر فى الفسخ وقد تقدم الصحيح هناك قال رحمه الله ﴿وبخيار الرؤية﴾ أى وتفسخ بخيار الرؤية وقال الامام الشافعى لا يجوز استئجار مالم يره للجهالة قلت الجهالة انما تمنع الجواز اذا كانت مفضية للنزاع وهذه لا تفضى اليه لانه ان لم يوافق برده فلا يمنع الجواز فاذا رآه ثبت له خيار الفسخ لان العقد لا يتم الا بالرضا ولا رضا بدون العلم وقال عليه الصلاة والسلام من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه ولأن الاجارة شراء المنافع فتناولها الحديث قال رحمه الله ﴿وتفسخ بالعذر وهو عجز أحد العاقدين عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع﴾ يعنى تفسخ الاجارة بالعذر الذى هو العجز عن المضى فى موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد أى بنفس العقد كمن استأجر الخ وقال الامام الشافعى لا تفسخ بالاعذار الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان كما تقدم وقد فسر العذر فى التجريد حيث قال والعذر أن يحدث فى العين ما يمنع الانتفاع به أو ينقص المنفعه وفسره فى الهداية كما فسره المؤلف وفى المحيط وكل عذر يمنع المضى فى موجبه شرعا كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع تنقض الاجارة من غير نقض لانه لا فائدة فى بقائه فتنتقض ضرورة وكل عذر لا يمنع المضى فى موجب العقد شرعا ولكن لا يمكنه المضى الا بضرر زائد يلزمه فانه لا ينتقض الا بالنقض وهل يكون قضاء القاضى والوصى شرطا فى النقض ذكره فى الزيادات وجعل قضاء القاضى شرطا قال شمس الائمة السرخسى هو الاصح وذكر فى المبسوط والجامع الصغير أنه ليس بشرط وينفرد العاقد بالنقض وهو الصحيح وقد تقدم الكلام عليه وفى الخلاصة وان انهدم منزل المؤجر وليس له منزل آخر وأراد أن يسكن البيت المؤجر ويفسخ الاجارة ليس له ذلك ولو استأجر دكانا ليبيع فيه ويشترى فأراد أن يترك هذا العمل ويعمل غيره فهذا عذر اه وفى المحيط ذكر فى فتاوى الاصل ان تهيأ له العمل الثانى على ذلك الدكان ليس له النقض وفيها ولو استأجر ليبيع الطعام ثم بدا له أن يأخذ فى عمل آخر فهذا ليس بعذر فى الاصل وقال فى الاصل اذا استأجر حانوتا ليبيع فيه الطعام ثم بدا له أن يقعد فى سوق الصيارف فهو عذر وفى التجريد ولو أجر نفسه فى عمل أو صناعة ثم بدا له أن يترك ذلك العمل فان كان ذلك العمل ليس من عمله وهو مما يعاب به كان له أن يفسخ اه ومن الاعذار الموجبة للفسخ شرعا ولو استأجره ليقطع يده لآكلة فيها فبرئ منها وفى التتارخانية ولو استأجره للحجامة أو الفصد ثم بدا له أن لا يفعل كان عذرا ولو امتنع الاجير عن العمل فى هذه الحالة يجبر عليه قال رحمه الله ﴿أو ليطبخ له طعاما للوليمة فاختلعت منه﴾ يعنى يجوز له أن يفسخ العقد فى هذه المسئلة لانه لا يمكنه المضى الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ويلحق به ما لو استأجر ليطبخ له طعاما لقدوم الامير أو الحاج فلم يقدم الامير والحاج وفى التتارخانية استأجر رجلا ليخيط له أو ليقطع قميصا أو يبنى بيتا ثم بدا له أن لا يفعل كان عذرا قال رحمه الله ﴿أو حانوتا ليتجر فيه فأفلس أو أجره ولزمه دين بعيان أو بيان أو باقرار ولا مال له غيره﴾ يعنى لو استأجر حانوتا ليتجر فيه فافلس كان عذرا فى الفسخ ولم يذكر الشارح الذى يتحقق به الافلاس وسنذكر ذلك وقوله حانوتا مثال قال فى الجامع الصغير استأجر الخياط غلاما ليخيط معه فأفلس الخياط أو مرض وقام من السوق فهو عذر يفسخ به وتأويل المسألة اذا كان يخيط لنفسه أما اذا كان يخيط باجر فرأس مال الخياط الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وقال محمد فى الخياط الذى يخيط لغيره باجرة لا يتحقق افلاسه الا بان تظهر خيانته للناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه اه فظاهره أن الافلاس فى التاجر بان يظهر ذلك فيه فيمتنع الناس من معاملته قوله أو أجره ولزمه دين بعيان الخ يعنى له أن يفسخ فى هذه الحالة وانما جمع بين هذه الامور ليبين أنه لا فرق فى ثبوت الدين بين العيان والبيان ولا اقرار فانه يلزم الدين فى الكل فيحبس عليه ويلازم عليه كما تقرر فى كتاب الدعوى قال الشارح ويحصل الفسخ بالرفع الى القاضى والقضاء به وقيل يبيع أولا فيحصل الفسخ فى ضمن البيع قال رحمه الله ﴿أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه رأى لا للمكارى﴾ يعنى لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أن لا يسافر فهو عذر يفسخ به ولو بدا للمكارى لا يعذر لان المستأجر يلزمه ضرورة ومشقة وربما يفوته ما قصد كالحج وطلب الغريم والمكارى لا يلزمه ذلك الضرر ولانه يمكنه أن يقعد ويرسل غيره وكذا المرض لما ذكرنا وروى الكرخى أنه عذر فى حق المكارى لانه لا يعرو عن ضرر ولان غيره لا يشفق على دوابه مثله وقوله دابة وبدا له منه مثال قال فى الاصل استأجر عبدا ليخدمه فى المصر ودارا

يسكنها ثم بداله السفر فهو عذر له أن يفسخ به ولو بدا لرب العبد أو الدار فليس بعذر فلا يفسخ فان قال المؤجر للقاضى انه لا يريد السفر وقال المستأجر أنا أريد السفر فالقاضى يقول للمستأجر مع من تسافر فان قال مع فلان وفلان فالقاضى يسألهما هل يخرج معكم المستأجر وهل استعد للسفر فان قالا نعم ثبت العذر وان قالا لا فان القاضى يحلف المستأجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال الكرخى والقدورى فلو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله قد خرجت قاصدا للسفر الذى ذكرت كذا فى الخلاصة وغيرها وفى الخلاصة فان لم يترك السفر ولكن وجد أرخص منها فهذا ليس بعذر ولو اشترى منزلا وأراد التحول فيها فهذا ليس بعذر ولو اشترى ابلا فهو عذر قال رحمه الله ﴿ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شئ فى أرض غيره لم يضمنه﴾ حصد الزرع جزه والحصائد جمع حصيدة وحصيد وهما الزرع المحصود والمراد هنا ما يبقى من أصل الزرع فى الارض ولا يخفى ان هذه المسئلة حقها ان تذكر فى الجنايات ولهذا ذكر فى الهداية مسائل منثورة وانما لم يضمن لان هذه الاشياء تسبب وشرط الضمان التعدى ولم يوجد فصار كما لو حفر بئرا فى ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما فى ملكه فاصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدى لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والسبب ليس بعلة فلا بد من التعدى ليلتحق بالعلة واحراق الحصائد فى مثله مباح فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسى هذا اذا كانت الرياح غير مضطربة فلو كانت مضطربة يضمن لانه يعلم انها لا تستقر فلا يعذر فيضمن وفى الخانية لو كانت الريح غير ساكنة يضمن استحسانا وذكر فى النهاية معزيا الى التمرتاشى لو وضع جمرة فى الطريق فاحرقت شيأ ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله ولو أخرج الحداد الحديد من النار فى مكانه فوضعه على ما يطرق عليه وضربه بالمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة وأحرق شيأ ضمن ولو لم يضرب به ولكن أخرج الريح شيأ فاحرق شيأ لم يضمن ولو سقى أرضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدى الى أرض غيره ضمن لانه لم يكن منتفعا بما فعله بل متعديا قال خواهر زاده وشمس الائمة السرخسى اذا أوقد نارا عظيما فى أرضه بحيث لا تحتمله وتعدى الى زرع غيره وأفسده يضمن لا محالة اه وفى السفينة فرق أصحابنا بين الماء والنار فقال اذا أوقد نارا عظيمة فى أرض نفسه فتعدى فاحرق شيأ لا يضمن لان النار من شأنها الخمود بخلاف ما اذا ملأ أرضه ماء بحيث لا تحتمله فانه يضمن لان الماء من شأنه السيلان وفى فتاوى أهل سمرقند أوقد فى التنور نارا لا يحتمله فاحرق بيته وتعدى الى بيت جاره فاحرقه ضمن وفى فتاوى الفضلى رجل يمر فى ملكه أو فى ملك غيره بنار فوقعت شرارة من ناره على ثوب انسان فاحرقته ضمن وفى النوادر عن أبى يوسف ان من مر بالنار فى موضع له المرور فهبت الريح فاوقعت شرارة فى مال انسان لا يضمن وان مر بها فى موضع ليس له حق المرور ينظر ان هبت بها الريح لا يضمن وان وقعت منه شرارة ضمن وفى التتمة سألت والدى عن القصار يدق الثياب فى حانوته وانهدم حائط جاره هل يضمن فقال يضمن لانه مباشر قال رحمه الله ﴿ولو أقعد خياط أو صباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يصح وحق هذه المسئلة ان تذكر فى كتاب الشركة ووجه الاستحسان ان هذه شركة الصنائع وليست باجارة لان تفسير شركة الصنائع أن يكون العمل عليهما وان كان أحدهما متولى العمل بحذاقته والآخر متولى القبول لوجاهته واذا وجد ماله سبيل الى الجواز وهو متعارف يوجب القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والاجر بينهما على ما عرف فى موضعه قال الشارح وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فيه نوع اشكال فان شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس فى هذه الشركة بيع وشراء وانما هى شركة صنائع قال فى الغياثية شركة التقبيل هى أن يشتركا على ان يتقبل الاعمال وهنا ليس كذلك بل هما اشتركا فى الحاصل من الاجر وليست شركة صنائع وأجبت بان الشركة فى الخارج تقتضى الشركة فى التقبيل فثبت فيه اقتضاء اذ ليس فى كلامهما الا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل وتخصيص الشئ بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه فاثبتنا الشركة فى التقبل اقتضاء اه وفى التتارخانية دفع الآخر بقرة بالعلف ليكون الخارج بينهما نصفين فالحادث كله لصاحب البقرة وعليه أجرة مثل المدفوع اليه وثمن العلف ومثله لو دفع الدجاجة الى آخر بالنصف ولو دفع بذر العليق الى امرأة بالنصف فقامت عليه حتى أدركت فالعليق لصاحب البذر وعلى صاحب البذر قيمة العلف وأجرة مثلها وفى فتاوى أبى الليث دفع الى امرأة دود القز لتقوم عليها بنفقتها على أن العليق بينهما نصفان فهو بمنزلة المضارب وكل العليق لصاحب الدود وعليه أجر

المثل

المثل وثمن الاوراق ولو غصب من آخر دود القز و بيض الدجاج فامسكه حتى خرج العليق والفرخ قال شمس الائمة الحلوانى ان خرج بنفسه فهو لصاحبه رجل له غريم فى مصر آخر فقال لرجل اذهب اليه وطالبه بالدين واذا قبضت فلك عشرة ففعل فله أجر مثله اه ولقائل أن يقول هذه مكررة مع قوله فيما سبق وتقبل ان اشترك خياطان أوخياط وصباغ قلنا ذكرهناك شركة الصنائع قصدا وهنا بين ماذا وقع العقد على شركة الصنائع ضمنا فبهذا الاعتبار لا تكرار قال رحمه الله ﴿ولو استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة صح وله المحمل المعتاد﴾ والقياس أن لا يجوز للجهالة وهو قول الامام الشافعى ووجه الاستحسان ان هذه الجهالة تزول بالصرف الى المتعارف وله المتعارف من الحل والزاد والغطاء وغير ذلك مما هو معلوم عند أهل العرف لا يقال هذه متكررة مع قوله وان استأجر حمارا ولم يسم ما يحمل قلنا هناك لم يبين ما يحمل فكانت الجهالة فاحشة وهنا بين ما يحمل فكانت يسيرة لانه بين الحمل ولم يبين قدره قال رحمه الله ﴿ورؤيته أحب﴾ يعنى رؤية المكارى المحمل والراكب وما يتبعهما أحب لانه أبعد من الجهالة وأقرب للعلم لتحقق الرضا قال رحمه الله ﴿ولمقدار زاد فاكل منه رد عوضه﴾ يعنى اذا استأجر رجلا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه فى الطريق رد عوضه وقال بعض الشافعية لا يرد لان عرف المسافرين انهم يأكلون الزاد ولا يردون والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الرد لان العرف جرى برده ولنا انه استحق عليه حمل مقدار معلوم فى جميع الطريق فله أن يستوفيه فصار كالماء والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون فلا يلزمنا عرف البعض أو يحمل فعل من لا يرد على انهم استغنوا فلا يلزم حجة ويرد بعضهم وهم المحتاجون اليه قال رحمه الله ﴿وتصح الاجارة وفسخها﴾ لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة وهذا معنى الاضافة وفسخها يعتبر بها كما اذا أضاف الاجارة الى رمضان وهو فى شعبان وكذا اذا أضاف الفسخ الى شوال وهو فى رمضان وفى القنية اذا قال أجرتك هذه الدار غدا يجوز ولو قال اذا جاء غد فقد أجرتك هذه الدار باطل لانه تعليق وقال أبو بكر تجوز فى اللفظين ولا خطر فى هذا فى الاجارة وبه يفتى وعن ابن سماعة عن أبى يوسف أجرتك دارى بكذا اذا هل كذا يجوز فى الاجارة ولا يجوز فى البيع قال رحمه الله ﴿والمزارعة والمعاملة﴾ يعنى وتصح المزارعة أيضا بالاضافة الى المستقبل كما اذا قال وهو فى شعبان زارعتك أرضى من أول رمضان بكذا وتصح أيضا المعاملة وهى المساقاة بان قال ساقيتك بستانى من أول رمضان وهو فى شعبان بكذا لان المزارعة والمعاملة اجارة فتعتبر بالاجارة قال رحمه الله ﴿والمضاربة والوكالة﴾ لانهما من باب الاطلاق وكل ذلك تجوز اضافته قال رحمه الله ﴿والكفالة﴾ لانها التزام المال ابتداء فتجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالبذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا يجوز تعليقها بالشرط المطلق بل بالشرط المتعارف. قال رحمه الله ﴿والايصاء والوصية﴾ والايصاء اقامة الشخص مقام نفسه والوصية هى التمليك وكلاهما مضاف الى ما بعد الموت لانهما لا يكونان الا مضافين اذ الايصاء فى الحال لا يتصور الا اذا جعل مجازا عن الوكالة قال رحمه الله ﴿والقضاء والامارة﴾ يجوز تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما تولية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط والاصل فى ذلك انه عليه الصلاة والسلام أمر زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة قال رحمه الله ﴿والطلاق والعتق والوقف مضافا﴾ لا يخفى ان قوله مضافا نصب على الحال وهو قيد للمذكورات كلها وتقدير الكلام ويصح كل واحد منها حال كونه مضافا الى الزمان المستقبل قال رحمه الله ﴿لا البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين﴾ يعنى هذه الاشياء لا يجوز اضافتها الى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة وقد تقدم والله تعالى أعلم

﴿كتاب المكاتب﴾

قال فى النهاية أورد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد منه المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق وهذا مستدرك لانه يرد عليه ان يقال انه وقع الاحتراز بهذا الذى ذكره من غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وقدم الاجارة لان المنافع ثبت لها حكم المال لضرورة بخلاف الكتابة والكلام فى المكاتب من أوجه الاول فى معناها لغة الثانى فى معناها شرعا والثالث فى ركنها والرابع فى شرط جوازها والخامس فى دليلها والسادس فى حكم حكمها والسابع فى صفتها والثامن

فى حقيقتها والتاسع فى سببها والعاشر فى حكمها فهى لغة مشتقة من الكتب وهو الضم والجمع وسمى الخط كتابة لما فيه من ضم الحروف بعضها الى بعض وهو اسم مفعول من كاتب أو كتب كتابة ومكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء وشرعا فهى جمع مخصوص وهو جمع حرية الرقيق فى المآل الى حرية اليد فى الحال وركنها الايجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وشرط جوازها قيام الرق وكون المسمى معلوما ودليلها من القرآن قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا واختلف فى الخير قيل هو أن لايضر بالمسلمين وقيل الوفاء والامانة وقيل المال ومن الحديث قوله صلى الله عليه وسلم من كاتب عبدا على مائة أوقية فاداها الاعشر أوقية فهو عبد وصفتها انه عقد مندوب اليه مع الصالح والطالح وحكمها انفكاك الحجر وثبوت حرية اليد وحكمها فى جانب المولى ثبوت حق المطالبة بالبدل على ماوقع عليه وسببها رغبة المولى فى بدل الكتابة عاجلا وفى ثواب العتق آجلا ورغبة العبد فى الحرية وأحكامها آجلا وعاجلا قال رحمه الله ﴿هى تحرير المملوك يدا فى الحال ورقبة فى المآل﴾ فقوله تحرير جنس دخل فيه تحرير الرقبة وتحرير اليد فقوله يدا أخرج تحرير الرقبة وأفاد ان له يدا معتبرة فلو كاتب صغيرا لايعقل لم يجز كماسيأتى وقوله فى الحال يتعلق بيد وأخرج بقوله ورقبة فى المآل العتق المنجز والمعلق وهذا تعريف بالحكم ولو أراد التعريف بالحقيقة لقال هى عقد يرد على تحرير اليد وأما ألفاظها ففى الجامع الصغير قال لعبده قد جعلت عليك ألف درهم تؤديه الى نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فان أديت فانت حر وان عجزت كنت رقيقا فقبل فهو مكاتب وفى الينابيع قال لعبده أدّ الى ألف درهم كل مائة درهم الى سنة وأنت حر فقبل فهو مكاتب وان عجز عن سنة وأدّى فى الشهر الاخير جاز فى رواية أبى سليمان وفى رواية أبى حفص ليس بمكاتب قال فخر الاسلام وهو الاصح فان عجز بطلت اهـ قال رحمه الله ﴿كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حال أومؤجل أومنجم وقبل صح﴾ اما جوازها مع الصغير فلانه تصرف نافع والصغير الذى يعقل من أهل التصرف النافع وأما جوازها بمال حال أومؤجل أومنجم فلاطلاق الدليل الصادق بالثلاث حالات ولان البدل فى الكتابة معقود به كالثمن فى البيع والقدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لصحة العقد ألاترى ان من ليس عنده شئ جاز أن يشترى ماشاء بماشاء ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر انه يسامحه ولايضيق عليه قال فى المبسوط كاتب عبدا صغيرا لايعقل لم يجز فان أدّى عنه أجنبى لم يعتق لان الكتابة ايجاب وقبول وقبول من لايعقل لايصح ولو كاتب عن عبد لرجل رضيع وقبل عنه أجنبى آخر ورضى به المولى لم يجز وان أدّى الولد الكتابة عتق استحسانا لاقياسا وجه الاستحسان ان الكتابة انعقدت بقبول من عقد الايجاب الاانه لم يظهر وجوب المال على العبد بهذه الكتابة فى حق المطالبة نفيا للضرورة ولكن اعتبر المال واجبا عليه فى حق صحة الاداء من المتبرع لانه لاضرر عليه بل له منفعة مختصة لانه يعتق بغير مال يلزمه وذلك أن نقول أنتم قلتم لو وكل مجنونا صح لانه لماوكل فى هذه الحالة صار راضيا بقبوله فينبغى أن يعتق فيما اذاقبل الصغير الذى لايعقل وأدّى عنه الاجنبى وأطلق فى قوله بمال ولم يقيده بالمعلوم قدرا وصفة ونوعا لان الاصل ان مبادلة ماليس بمال بالمال كالنكاح والكتابة جهالة الجنس والقدر لايمنع صحته وجهالة وصفه لايمنع صحة تسميته بيان ذلك لو كاتب عبده على مكيل أوموزون جاز وله الوسط وعلى دابة وثوب لايجوز حتى يبين الجنس لان جهالة الجنس متفاحشة فتمنع صحة التسمية وفى الاول جهالة وصف وهى لاتمنع صحة التسمية ولو كاتبه على لؤلؤة أودار ولم يعين لم يجز لان جهالة الوصف هنا متفاحشة بمنزلة جهالة الجنس ولو كاتبه على أن يخدمه شهرا جاز استحسانا ولو كاتبه على أن يخدمه غيره يجوز لان البدل يجوز للمولى وقد أقام غيره مقام نفسه ولو كاتبه على ألف على أن يؤديها الى غريم من غرمائه جاز ولو كاتبه على ألف وخدمته سنة او وصف جاز ولو كاتبه على ألف وخدمته أبدا فهى فاسدة ويعتق باداء قيمته دون خدمته وقوله عبده ليس بقيد قال فى المحيط ولو كاتب نصف عبده جاز فنصفه مكاتب ونصفه ماذون فى التجارة وعتق باداء نصفه وماوصل فى يده من الكسب نصفه له ونصفه للمولى و يسعى فى نصف قيمته لان الكتابة تقبل التجزى لان أحكامها قابلة للتجزى اهـ وفى المبسوط كاتب عبده على ألف درهم منجمة على ان يؤدى مع كل نجم ثوبا قد سمى جنسه أو على أن يؤدى مع كل نجم عشرة دراهم فذلك جائز بمنزلة مالو كاتبه على كذا وكذا وقال على أن تؤدى مع كتابتك ألف درهم واذاظهر ان جميع ذلك بدل الكتابة فاذا عجز عن شئ من بعد أجله رد الى الرق اهـ ولو كاتبه على مافى يده من الكسب فى رواية كتاب الشراء يجوز وفى رواية المكاتب لايجوز ولو كانت على ألف درهم معينة جاز ويعتق باداء غيرها

بخلاف مالو قال له ان أديت الى هذه الالف فادى غيرها لا يعتق واذا شرط فى الكتابة شرطا لا يقتضيه العقد لا يفسدها اهـ وفى المبسوط واذا أدى اليه المال واستحق من يده فهو على الحرية و يرجع عليه السيد ببدله اهـ ولو كاتب على ألف درهم عن نفسه وماله فهو جائز فان كان فى يده مال السيد لم يدخل و يدخل كسبه من رقيق ومال وغير ذلك اهـ وفى الظهيرية لو كاتب عبده المأذون المديون ودينه يحيط برقبته فللغرماء ان يردوا الكتابة كالو باعه المولى ولو مات المكاتب عن وفاء وعليه دين وله وصايا من تدبير وغيره بدئ من تركته بدين الاجانب ثم بدين المولى ان كان ثم دين الكتابة ومابقى فهو ميراث وتبطل وصاياه قال رحمه الله ﴿وكذا لو قال جعلت عليك ألفا تؤديه نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فاذا أديت فانت حر والا فقن﴾ يعنى يصير مكاتبا بهذه المقالة استحسانا والقياس ان لا يصير مكاتبا لان النجوم فصول الاداء وله أن يكاتب عبده على ماشاء من المال فى أى مدة شاء وقوله بعد ذلك ان أديت فأنت حر تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة ووجه الاستحسان ان العبرة للمعانى دون الالفاظ كما تقرر وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسرا فتنعقد به كما اذا أطلق الكتابة بل أولى لان المفسر أقوى وقوله فان أديت فأنت حر لا بد منه لان ماقبله يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه يترجح جانب الكتابة وقوله والا فأنت قن فضلة غير محتاج اليها كما لا يحتاج اليه فى الكتابة وفى المحيط ولو كاتب على ألف وعبد مثله فى الخياطة وهو خياط جاز استحسانا و يجبر المولى على قبول الالف وعبد مثله فى أصل الخياطة لا مثله فى الخياطة اهـ ولو قال اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فهو مكاتبة فى رواية أبى سليمان وفى رواية أبى حفص ليست بمكاتبة بل يكون اذنا اعتبارا بالتعليق بالاداء بدفعة واحدة وهو الاصح وفى المبسوط ولو كاتب عبده على ألف يضمنها لرجل عن سيده فالكتابة والضمان جائزان ولو ضمن عن سيده لغريم عليه مال على أن يؤدى من الكتابة أو قبل الحوالة فهو جائز ولو كاتب على ألف الى نجم ثم صالحه على أن يحط بعضها او يقبض بعضها أو صالحه على شئ فهو جائز وفيه أيضا ولو خص عليه التصرف فى نوع دون نوع فالشرط باطل به لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وفيه أيضا ولو كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على بعضه و يحط البعض جاز ولو استأجر المولى مكاتبه سنة بما عليه للخدمة صحت الاجارة وعتق المكاتب للحال ولو استحق بدل الكتابة من المولى رجع بمثله عليه اهـ قال رحمه الله ﴿فيخرج من يده﴾ يعنى اذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يده لان موجب الكتابة مالكية فى حق المكاتب وهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر ولو شرط فى الكتابة أن لا يخرج لا يصح لان المقصود من الكتابة التمكن من أداء المال وقد لا يتمكن من ذلك الا بالخروج فيطاق له الخروج قال فى العناية أما الخروج من اليد فبحق معنى الكتابة لغة وهى الضم فيضم مالكية اليد الحاصلة له فى الحال الى مالكية الرقبة الحاصلة له فى المآل فان قيل ضم الشئ الى الشئ يقتضى وجودهما ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق بالضم أجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا اذا جنى المولى عليه وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر اهـ قال رحمه الله ﴿دون ملكه﴾ يعنى لا يخرج عن ملك المولى لقوله عليه الصلاة والسلام هو قن مابقى عليه درهم ولانه عقد معاوضة فيقتضى المساواة فاذا تم للمولى الملك بالقبض تم المالكية للعبد أيضا وتمام الملك لا يكون الا بالقبض ولو أعتقه المولى عتق بعتقه لبقاء ملكه وسقط عنه البدل لانه التزمه بمقابلة العتق وقد حصل له بدونه وفى المحيط ولو ابرأه المولى عن البدل عتق وفى المنتقى وقال البانى لو وهب المولى الكتابة للمكاتب عتق قبل أو لم يقبل لان هبة الدين ممن عليه الدين صحيحة قبل أو لم يقبل فان قال المكاتب لا أقبل كانت المكاتبة دينا عليه وهو حر لان هبة الدين ترتد بالرد والعتق لا يرتد بالرد قال رحمه الله ﴿وغرم ان وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها﴾ لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار المولى كالاجنبى وصارت أحق بنفسها وكسبها لتتوصل به الى المقصود بالكتابة وهى حصول الحرية لها والبدل للمولى ولولا ذلك لاتلف المولى مافى يدها فلم يحصل لها الغرض من الكتابة ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء فيجب عليه عوضه وهو العقر عند اتلافه بالوطء وانتفى الحد للشبهة ولو قال فغرم الى آخره بدل الواو لكان أولى لافادة الفاء التفريع وفى المحيط ولو كاتبها على ألف على أن يطأها مدة الكتابة لم يجز لانه محظور عليه كما لو كاتبها على ألف ورطل من الخمر فان أدت ألفا عتقت لانه يتعلق بأداء مايصلح بدلا والوطء لا يصلح عوضا الا فى حق الانعقاد ولا فى حق الاستحقاق وعليها فضل قيمتها فى قول الآخر وهو قول محمد لان المستحق فى العقد الفاسد قيمة المعقود عليه لا المسمى هذا اذا كان المؤدى أقل من قيمتها فان كان أكثر من قيمتها فانها لا ترجع بالزيادة على المولى خلافا لزفر فان وطئت ثم أدت ألفا فعليه عقرها لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح فان

قيل الكتابة الفاسدة غير لازمة فى جانب المولى بل له الفسخ فلم لا يجعل اقدامه على الوطء دليلا على الفسخ تنزيها له عن الوطء الحرام قلنا اشتراط الوطء لنفسه فى الكتابة تنصيص على انه يطؤها مستوفيا لما شرطه عليها فيكون نصا على تقرير العقد لا على فسخه وحاله دليل على الفسخ ولا قوام للدلالة مع الصريح والنص حتى لو فسدت الكتابة بسبب آخر لا باشتراط الوطء فيها ثم وطئها يجعل ذلك فسخا اهـ ولو جنى المكاتب على انسان خطأ فانه يسعى فى الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لتعذر الدفع فان أعتقه المولى من غير علم بالجناية فعليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية فلو عجز ورد فى الرق فحكمه كالرقيق كما علم فى مكانه وان جنى جناية خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية الاولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة وان حكم عليه بالجناية الاولى ثم جنى ثانيا فانه يلزمه قيمة أخرى لانه لما حكم عليه بالجناية الاولى فقد انتقلت الجناية من رقبته الى ذمته فصارت الثانية بمنزلة الجناية المبتدأة فرق بين هذا و بين ما اذا حفر المكاتب بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان فوجب عليه أن يسعى فى قيمته يوم حفره فاذا وقع فيه آخر لا يلزمه أكثر من قيمة واحدة سواء حكم الحاكم بالاولى أولم يحكم ووجه الفرق ان هنا الجناية واحدة وهى حفر البئر بخلاف ما تقدم ولو سقط حائطه المائل على انسان بعد الاشهاد عليه بنقضه فقتل فعليه ان يسعى فى قيمته واذا وجد فى دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعى فى قيمته اذا كانت قيمته أكثر من الدية فينقص منها عشرة دراهم فان جنى جناية عمدا بان قتل انسانا قتل به فان جنى غير المكاتب عليه فان كان خطأ فالارش له والأرش أرش العبيد أما كون أرشه له فلان أجزاءه فهو أحق بمنافعه وأما كون أرشه أرش العبيد فلانه عبد ما بقى عليه درهم كذا فى البدائع مختصرا قال رحمه الله ﴿وان كاتبه على خمر أو خنزير﴾ شروع فى الكتابة الفاسدة بعد الصحيحة لان الفاسدة تتلو الصحيحة يعنى لو كاتب المسلم عبده المسلم أو الكافر فى دار الاسلام على خمر أو خنزير فالكتابة فاسدة لان الخمر والخنزير ليس بمال فى حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد العقد لان تسمية ما ليس بمتقوم فى حق ما يحتاج فيه الى تسمية البدل توجب فساد العقد كالبيع ولو أدى الخمر لا يعتق ولو أدى القيمة عتق اهـ والظاهر أن المسلم باشر فلو وكل ذميا فى كتابة عبده المسلم على خمر أو خنزير فالكتابة فاسدة لانه لو كان كافرا وأسلم تفسد فاذا فسدت بالاسلام فى البقاء ففى الابتداء أولى ولو كاتب عبده الكافر على خمر أو خنزير فالظاهر أنها صحيحة و يعتق باداء ذلك ولا سعاية عليه أخذا من قولهم يملك ان يوكل فيما لا يملكه وقيدنا بقولنا على خمر أو خنزير لانه لو كاتبه على ميتة أو دم فالكتابة باطلة فان أدى لا يعتق الا اذا قال ان أديت الى فأنت حر فيعتق لاجل اليمين لا لاجل الكتابة كذا فى شرح الطحاوى أيضا وفى المحيط لو كاتب على خمر أو خنزير عتق بأداء القيمة قبل ابطال القاضى لان الكتابة اذا فسدت لفساد التسمية لكونه ليس بمال انعقدت الكتابة على القيمة فيتعلق العتق بادائها اهـ وفى المنتقى لو كاتب على ألف ورطل من الخمر فهى فاسدة وفى المبسوط لو كاتبها على ألف على ان كل ولد تلده له يملك يد فهى فاسدة وان ولدت فى الفاسدة ثم أدت عتق ولدها معها وفى شرح الطحاوى والفرق بين الجائزة والفاسدة ان فى الفاسدة للمولى ان يرده الى الرق و يفسخ الكتابة بغير رضاه وفى الجائزة لا يفسخ الا برضا العبد وللعبد ان يفسخ فى الجائزة والفاسدة جميعا بغير رضا المولى وفى المبسوط ولو كاتبه كتابة فاسدة ثم مات المولى فأدى المكاتب الى ورثته عتق استحسانا اهـ قيدنا بدار الاسلام لان المسلم الذى كان فى دار الاسلام لو دخل دار الحرب فكاتب عبده المسلم والكافر على خمر أو خنزير فالحكم كما لو كان فى دار الاسلام وكاتب من يعلم بالاحكام ولو تقديرا فلو أسلم فى دار الحرب ولم تبلغه الاحكام فكاتب على خمر أو خنزير فالظاهر انها صحيحة و يعتق باداء ذلك ولا سعاية لانه يعذر بالجهل فى هذه الحالة قال رحمه الله ﴿أو على قيمته أو عين لغيره﴾ يعنى الكتابة فاسدة اذا كاتبه على قيمة نفسه أو على عين لغيره أما على قيمة نفسه فانها مجهولة القدر لانها تختلف باختلاف المقومين وجنسها كذلك مجهول فصار كما لو كاتب على ثوب أو دابة لان الثوب والدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت فى الذمة حتى فى النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة بالتنصيص عليها ولا يقال لو كاتبه على عبده يجوز و يجب عليه عبد وسط أو قيمة ولو أبى أخذ القيمة يجبر عليها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا نقول القيمة فى مسئلة الكتاب ثبت قصدا وفيما ذكرت ثبت ضمنا و يتسامح فى الضمنى ما لم يتسامح فى القصدى وفى المحيط وان أدى القيمة عتق لانها وان فسدت يبقى تعليق العتق بالاداء فتى تصادقا على ان المؤدى قيمته ثبت ذلك بالتصادق وان اختلفا فان اتفق اثنان من المقومين على شئ يجعل ذلك قيمة له وان اختلفا فقوم أحدهما بألف والآخر بالا كثر لا يعتق ما لم يؤد أقصى قيمته ولو كاتب أمة على حكمه أو حكمها لم يجز ولا يعتق بأداء قيمتها خلافا لزفر قوله أو على عين لغيره

كالثوب

كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين والمراد به شئ يتعين بالتعيين حتى لو كاتب على دراهم أو دنانير وهى لغيره تجوز الكتابة لانها لا تتعين بالتعيين وعن الحسن تجوز الكتابة على مال الغير وجه ظاهر الرواية أن العين فى المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط للصحة فى العقود التى تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليست فى قدرته فلا تصح تسميته بخلاف ما اذا كان البدل غير معين لانه معقود عليه فلا يشترط القدرة عليه ولو أجاز صاحب العين ذلك روى عن محمد أنه لا يجوز وهو ظاهر الرواية كذا فى العتابية وعن الامام أنه يجوز اجاز أو لم يجز غير أنه عند الاجارة يجب تسليم العين وعند عدم الاجارة يجب تسليم القيمة وروى الثانى عن الامام أنه لو ملك القيمة فأدى لم يعتق الا أن يكون قال له المولى ان أديت فأنت حر وذكر صاحب الاملاء انه يعتق بالدفع قال المولى ان أديت الى فأنت حر أو لم يقل كما لو كاتب على خمر وجه ما ذكر عن الامام أن العين لم يصر بدلا فى هذا العقد بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد بالعقد أصلا قال رحمه الله ﴿أو بمائة ليرد عليه سيده وصيفا فسد﴾ قوله فسد هذا خبر لقوله وان كاتب يعنى لو كاتبه على مائة ليرد عليه سيده وصيفا فالكتابة فاسدة على قول الامام ومحمد وقال أبو يوسف الكتابة صحيحة وتقسم المائة على قيمة المكاتب والوصيف الوسط فما أصاب الوصيفة الوسط يسقط عنه ويكون مكاتبا وتقسم المائة بما بقى لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد والكتابة ولهما ان بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف هذا لان الاصل المذكور صحيح فيما اذا صح الاستثناء من غير ان يؤدى الى فساد العقد وهنا استثناء العبد من الدراهم غير صحيح لان الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد ولان هذا عقد يشتمل على الكتابة والبيع لان ما كان من الدنانير باداء الوصيف الذى يرده المولى بيع وما كان بمقابلة رقبة المكاتب هو مكاتبة فيبطل لجهالة المثمن والثمن فهو صفقة فى صفقة فلا يجوز للنهى عنها واذا كاتبه على حيوان و بين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين انه تركى أو هندى ولا الوصف انه جيد أو ردىء جازت الكتابة و يصرف الى الوسط وقدر الامام الوسط بما قيمته أربعون وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر فى قيمة الوسط الى قيمة المكاتب و يجبر على قبول قيمته وانما يصح العقد مع الجهالة لانها يسيرة فصار كما لو كاتب وجعل الاجل الحصاد ولقائل ان يقول مقتضى هذا التعليل ان لا تصح الكتابة فيما اذا كاتبه على مائة على ان يرد عليه عبدا معينا لان قيمة المعين مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتبه عليها لم يصح وقد صرحوا فيما اذا شرط على ان يرد عليه عبدا معينا ان يصح بالاتفاق نقله فى الكافى والدرر والغرر وفى المبسوط ولو كاتبه على خمر أو خنزير فسد فان أداه قبل ان يترافعا الى القاضى وقد قال له ان أديت فأنت حر ولم يقل فانه يعتق وتلزمه قيمة نفسه واذا جاء المكاتب بالمال قبل حلول الاجل فأبى المولى ان يقبله يجبر على القبول اهـ قال رحمه الله ﴿فان أدى الخمر عتق﴾ لان العقد ينعقد وان كان فاسدا فيعتق بالاداء يعنى اذا كان قبل ابطال القاضى وفى العتابية فان أدى الخمر والخنزير عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وأطلق فى قوله يعتق فشمل ما اذا قال ان أديت فأنت حر أو لم يقل وعن أبى حنيفة يعتق ان قال ان أديت وان لم يقل لا يعتق ونظيره ما اذا كاتبه على ميتة أو دم فانه لا يعتق الا فى صورة التعليق نصا وفى ظاهر الرواية يعتق باداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بين الخمر والخنزير والميتة والدم ان الخمر والخنزير مال فى الجملة والميتة والدم ليسا بمال أصلا عند أحد فلم ينعقد العقد أصلا فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير ذلك بالتعليق قال ابن فرشته هذا اذا كان السيد مسلما لان الكافر اذا كاتب عبده الكافر ثم أسلم لا يعتق باداء الخمر اتفاقا اهـ وفى شرح الطحاوى فاذا أسلم أو أسلم أحدهما يعتق باداء القيمة ولا يعتق باداء الخمر والفرق بين المسلم والكافر حيث قلنا فى المسلم العقد فاسد و يعتق باداء الخمر وفى الكافر صحيح فأقول المسلم لا يعتق باداء الخمر اذ المسلم لما كان الخمر فى حقه ليس بمال فالظاهر من حاله ارادته التعليق على الاداء فيعتق بالاداء والكافر لما كان فى حقه مالا فالظاهر انتفاء التعليق فى حقه بل ارادة العرض وبالاسلام انتفى كونه عرضا والتعليق منتف فلا يعتق باداء قيمة الخمر قال رحمه الله ﴿وسعى فى قيمته﴾ يعنى اذا عتق باداء الخمر وجب عليه أن يسعى فى قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد للعتق فيجب عليه كما فى البيع الفاسد اذا أعتق المشترى العبد أو أتلفه قال رحمه الله ﴿ولم ينقص عن المسمى وزيد عليه﴾ هذه المسئلة لا تعلق لها بمسئلة الخمر بل مسئلة مبتدأة ومعناها كاتب عبده على ألف وخدمته ابدا أو على ألف وهدية فالخدمة أبدا والهدية لا تصلح بدلا فالعقد فاسد فاذا أدى الالف عتق فان كان الالف قدر قيمته لم يبق للمولى عليه سبيل وان كان قيمته أكثر رجع عليه السيد

بالزيادة وان كانت الالف أكثر من قيمته فلا يعتق الا بدفعها ولو كاتبه على ألف ورطل من الخمر لا يعتق حتى يدفع الالف والرطل من الخمر كذا فى المحيط مختصرا قال الشارح لانه عقد فاسد فيجب عليه قيمته بالغة ما بلغت غير أن المولى لم يرض ان يعتقه بأقل مما سمى فلا ينقص منه ان نقصت قيمته عن المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه اذا زادت قيمته لينال الشرف وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بادائها لانه هو البدل فى الفاسد ذكرها أولم يذكرها فامكن اعتبار معنى العتق فيه وأثر الجهالة فى الفاسد لافى ابطال العقد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه يختلف اختلافا فاحشا ولو أدى قيمة الثوب لا يعتق الا اذا علقه بان قال اذا أديت الى ألفا فأنت حر فيعتق باداء الثوب لصريح التعليق وفى التتارخانية ولو كاتبه على ثوب ولم يقل هروى أو غيره فهى فاسدة وفى الولوالجية لو كاتبه على قيمة ثوب فهى فاسدة قال رحمه الله ﴿وصح على حيوان غير موصوف﴾ يعنى يصح عقد الكتابة على حيوان اذا بين جنسه لانوعه وصفته لو قال وصح على حيوان بين نوعه كان أولى كما لا يخفى ولو قال وصح على عبد كان أولى ولكن كان أخصر وينصرف الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لان كل واحد منهما أصلا ولا يخفى أن اللفظ والوصف يجمع أجناسا فالجهالة فاحشة كالحيوان والدابة والثوب فلا تصح الكتابة ان كان يجمع أنواعا كالعبد فانه يشمل الحبشى والهندى والتركى والاسود فتصح الكتابة اذا ذكره فلذا فسرنا الحيوان بالعبد بقرينة قوله صح فظهر أن الجنس عندنا هو المقول على كثيرين اختلف المقصود منهم والنوع المقول على كثيرين اتحد المقصود منهم وفى التتارخانية الاصل ان جهالة الجنس تمنع صحة التسمية فى العقود كلها كان معاوضة مال بمال أولم يكن وذلك كالثوب والدابة والحيوان وفى هذا لا يعتق اذا دفع ثوبا أو دابة أو حيوانا وجهالة الوصف تمنع صحة التسمية فى عقد المعاوضة ولا تمنع صحة التسمية فى عقد غير المعاوضة كالنكاح والكتابة وذلك كعبد أو ثوب هروى انتهى بالمعنى وقال الامام الشافعى لا يجوز فى هذه الوجوه فان قلت اذا كاتبه على قيمة نفسه أو قيمة العبد تفسد الكتابة واذا كاتبه على عبد تصح الكتابة فما الفرق قلنا الفرق بينهما ان الجهالة فى القيمة جهالة فى القدر والجنس والوصف فى الحال والجهالة فى العبد جهالة فى الوصف دون القدر والجنس فخفت الجهالة ولو كاتبه على وصف أو عبد وجلا جاز استحسانا لان العبد يجب فى الذمة بدلا عما ليس بمال كالنكاح ولو كاتبه على ثوب وبين صفته فأتى بقيمته يجبر على القبول وقد تقدم ان الامام قدر الوسط بأربعين دينارا وقال أبو يوسف ومحمد على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر فى قيمة الوسط الى قيمة المكاتب ولو قال وصح على فرس لكان أولى ولم يحتج للتأويل قال رحمه الله ﴿أو كاتب كافر عبده الكافر على خمر﴾ يعنى يصح هذا العقد للآخر اذا سمى قدرا من الخمر معينا لان الخمر عندهم مال متقوم كالعصير فى حق المسلم فيصح تسميته اذا كان معلوما واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا وتجب القيمة على ما بينا فيما اذا كان المولى مسلما أطلق فى الكلام فشمل الذمى والمستأمن والحربى ولا فرق فى الذمى بين أن يكون فى دارنا أو فى دار الحرب حيث دخل غير مهاجر لانه من أهل دارنا فتجرى عليه أحكامنا والمستأمن ما دام فى دارنا تجرى عليه أحكامنا وانما محل النظر لو كاتب الحربى عبده المسلم فى دار الحرب على خمر أو خنزير فأدى ذلك فالظاهر أنه يعتق أخذا من قولهم لنا أن نحتال على مال الحربى باى وجه كان برضاه ولا يخفى ان الخنزير هنا كالخمر فى الحكم فيه قال رحمه الله ﴿وأى أسلم فله قيمة الخمر﴾ لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفى تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها اذا كان المولى يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة فى الذمة والقبض يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تمليكا من العبد وتملكا من المولى فى الحال عوضا عما فى الذمة فلا يجوز فى حق المسلم فعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير الى القيمة لقيامها مقام المسمى والكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمى من ذمى بخمر ثم أسلم أحدهما قبل القبض حيث يفسد البيع عند البعض لان العقد يقع على ما يصلح بدلا فى الكتابة تصلح القيمة بدلا فيما اذا كاتبه على وصف أو نحوه ولهذا يجبر المولى على قبول القيمة والبيع لا ينعقد على القيمة صحيحا أصلا فكذا لا يبقى عليها قيدنا أصل المسئلة بان الخمر غير معين لانه لو كان الخمر معينا فقد ملكه بمجرد العقد والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من وضع يده على الخمر ألا ترى ان المسلم اذا غصب خمرا من ذمى فاسلم الذمى فله أن يسترد الخمر من الغاصب ولا يمنع منه فى هذه الحالة فاذا أسلم لا ينتقل الى القيمة وله الخمر لا غير قيد المسئلة بالخمر ولم يتعرض للخنزير فنقول لو كاتبه على خنزير معين ملكه بمجرد العقد فاذا أسلم أحدهما قبل القبض لا ينتقل الى القيمة

بل

بل له الخنزير المعين والمسلم لا يمنع من وضع يده عليه كالو غصب الذمى خنزيرا فأسلم فله ان يرده من يد الغاصب فلو كان الخنزير غير معين فأسلم أحدهما ينتقل الى قيمة نفس المكاتب أخذا من قولهم قيمة القيمى تقوم مقام عينه وهذا من خواص هذا الكتاب والحمد لله الذى هدانا لهذا قال رحمه الله ﴿وعتق بقبضها﴾ يعنى يعتق بقبض قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض للآخر واذا أدى الخمر عتق أيضا لتضمن الكتابة التعلق باداء الخمر كما اذا كاتب المسلم عبده على خمر كما تقدم قال فى الكافى هذا ذكره بعض المشايخ كالقاضى ظهير الدين الشيرازى ونجم الدين الافطسى والسرخسى والنيسابورى وفى شرح الجامع الصغير وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى ولو أدى الخمر لا يعتق ولو أدى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا فى هذا العقد لان العقد صحيحا وقع صحيحا على الخمر ابتداء وبقى بعد الاسلام على قيمته صحيحا على حاله فخرج الخمر عن كونه بدلا فيه ضرورة وباداء غير البدل لا يعتق بخلاف مسئلة المسلم حيث يعتق باداء الخمر لان العقد فيه انعقد فاسدا فيعتق باداء البدل المشروط لما فيه من معنى التعليق ويضمن لمولاه قيمة نفسه وقد تقدم فرق آخر وفرق فى النهاية بفرق ثالث حيث قال فان قلت ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب المسلم عبده على الخمر ابتداء حيث يعتق العبد باداء الخمر وان وقع العقد فاسدا وفيما نحن فيه وهو ما اذا كاتب النصرانى عبده الكافر على خمر ثم أسلم أحدهما ثم أدى الخمر لا يعتق مع ان القياس ينبغى ان يعتق باداء الخمر بالطريق الاولى لان العقد فى الابتداء تأكد انعقاده على الخمر قلت الفرق بينهما هو ان الكتابة فى عقد المسلم على الخمر انعقدت مع الفساد فيعتق باداء البدل المشروط لما فيه من معنى التعليق لما ذكرنا ويكون عليه قيمة نفسه وأما ههنا فالكتابة انعقدت صحيحة على تقدير اذا بدل يصح أداؤه وقامت القيمة مقام الحجة ولم يوجد ههنا معنى التعليق باداء الخمر حتى تعتق باداء الخمر الى هذا أشار الامام التمرتاشى فى الجامع الصغير اهـ والله تعالى أعلم

﴿ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز ﴾

الظاهر ان اكتفاء المصنف فى عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه المقصود بالذات والا فقد ذكر فى هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله قال صاحب العناية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب وما لا يجوز فان جواز التصرف ينبنى على العقد الصحيح اهـ قال رحمه الله ﴿للمكاتب البيع والشراء والسفر﴾ لان مقصود السيد من العقد الوصول الى بدل الكتابة ومقصود العبد به الوصول الى الحرية وذلك انما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان فى الحضر فاحتاج الى السفر ويملك البيع بالمحاباة لان عادة التجار يفعلونه اظهار المسامحة واستجلابا لقلوب الناس وقد يحابى فى صفقة ليربح فى أخرى وأفاد اطلاقه أنه يملك أن يبيع بالنقد والنسيئة والغبن الفاحش واليسير عند الامام وعندهما لا يملك بالغبن الفاحش كالعبد المأذون له ولو زاد فى الثمن أو حط بسبب عيب جاز ولو حط من غير عيب لا يجوز وشراء المكاتب وبيعه من مولاه جائز واذا اشترى شيأ من مال المضاربة ولا ربح فيه جاز ولا يبيع المولى ما اشترى من مكاتبه مرابحة ما لم يبين لقيام شبهة الملك له فيه ولو أوصى بعين من ماله ثم عتق فاجاز الوصية جازت كذا فى المحيط وفى المبسوط ولو باع من مكاتبه درهما بدرهمين لا تجوز لان هذا صريح الربا والمكاتب فى كسبه بمنزلة الحر والمكاتب فى حق الشفعة فيما يستحقه أو استحق عليه كالحر اهـ ولا يقال هذه الاحكام علمت من قوله خرج من يده دون ملكه فيكون تكرارا لانا نقول علمت هناك وان رهن أو ارتهن أو أجر أو استأجر فهو جائز وليس له ان يقرض ضمنا الا تصريحا وما علم ضمنا لا يكون مكررا فتأمله وفى المبسوط ولو زنى المكاتب أو سرق منه يجب القطع لانه مخاطب اهـ قال رحمه الله ﴿وان شرط ان لا يخرج من المصر﴾ ان هذه وصلية وهذا الكلام متصل بما قبله يعنى له ان يسافر وان شرط المولى عليه ان لا يخرج من البلد كالو خص له نوعا من التصرف دون غيره كان ذلك باطلا لان هذه الشروط مخالفة لما اقتضى عقد الكتابة لان مقتضاها فك حجر اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه واكتسابه وأن لا يتحكم عليه أحد ويحصل المال بأى وجه شاء فكانت هذه الشروط باطلة والسفر مظنة تحصيل المال قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما تقدم الا اذا كان داخلا فى صلب العقد وهو أن يكون فى البدل مثل أن يشترط خدمته أو مكاتبته على خمر أو خنزير فيفسد العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل فيفسد العقد اذا وجد الشرط فى صلب العقد وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل

الفسخ بعد الاداء لانها مبادلة مال بمال فى حق المولى ومبادلة مال بغير مال فى حق العبد لانه لا يملك نفسه فلا يفسد العقد بالشروط اذلم يكن فى صلب العقد كما هنا قال فى العناية والتمكن فى صلب العقد هو أن يدخل فى أحد البدلين والذى ليس فى صلب العقد هو الذى ليس فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله وقد رد عليه بعض العلماء بان قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابلة فك الحجر وحرمة المنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فتأمل أقول ليس ذلك بشئ لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضى كونه داخلا فيها فان تخصيص الشئ قد يكون بامر خارج عنه أخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فتأمل اه قال رحمه الله ﴿وتزويج أمته﴾ يعنى للمكاتب ان يزوج الامة لانه من الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز لها وان كان فيها اكتساب لان ملك المولى باق فيها فنمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعيبها ور بما يعجز فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر وليس مقصودها بتزويج نفسها المال وانما هو التحصين والاعفاف بخلاف تزويج أمتها فان المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصى بخلاف العبد المأذون له فى التجارة والمضارب والشريك لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منها فلا يملكونه وبهذا التقرير ظهر الفرق بين تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز وان كان فيها اكتساب المهر ودفع النفقة كما فى تزويج المكاتب أمة نفسه لان العلة فى تزويج المكاتبة نفسها مركبة بما ذكرناه فتأمل قيد بالامة لان المكاتب لا يملك ان يزوج نفسه وولده لانه ليس من التجارة ولا فيها اكتساب مال بل فيه شغل رقبته بالمهر والنفقة وفى المحيط زوّج عبده امرأة فأعتق فاجاز لم يجز لان هذا العقد لا مجيز له حال وقوعه لان الكتابة توجب فك الحجر فى الاكتساب وهذا ليس منها بخلاف مالو كفل مالا ثم أعتق نفذت كفالته وكذا لو وكل فعتق جاز وكذا لو أوصى لعبد فاعتق فاجاز لان هذه العقود لها مجيز حال وقوعها وانما يمنع ظهورها فى حق غيره فسقط حق الغير بالعتق فظهر النفاذ مطلقا ولا تجوز هبة المكاتب وصدقته ووصيته وكفالته فى الحال ولو أعتق ترد له الهبة والصدقة لانها وقعت فاسدة ولو دفع مضاربة أو أخذ مالا مضاربة جاز ويجوز له شركة العنان لا المفاوضة ويجوز اقرار المكاتب بالدين والعين والاستيفاء لانه لا بد للتجار منه ولو أقر المكاتب على ولده المولود فى الكتابة بجناية لم يجز اقراره لانه اقرار على غيره فان مات الولد وترك مالا كان ذلك لابيه وأخر اقراره وصار هو الخصم فى الجناية لانه ظهر المقر له فى حقه باقراره وكذا لو أقر على ولده بدين لم يجز فان اكتسب الولد مالا وأخذه الاب نفذ اقراره عليه فى المال مكاتب أو مأذون فى يده أمة ادعى رجل انها أم ولده أو مكاتبته فصدقه المكاتب أو المأذون فيه جاز و يدفعها اليه وكذلك ان كان معها ولد دفعه اليه لان اقراره بالوديعة لغيره يصح اه قال رحمه الله ﴿وكتابة عبده﴾ يعنى يملك المكاتب ان يكاتب عبده لان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وقد يكون الكتابة أنفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الا بعد وصول البدل فاذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة وقال الشافعى لا يملك لان العقد لا يتضمن مثله ولانه يؤول الى العتق وليس له أن يعتق على مال قلنا انما ملكه على أن الكتابة بيع من نفس العبد وانما لا يملك الاعتاق على مال وتعليق العتق على أداء المال لان فيه اثبات الحرية مقصودة وفى الزيادات رجل مجهول النسب اشترى عبدا فكاتبه فاشترى المكاتب أمة فكاتبها ثم أقر المولى الأعلى المجهول النسب انه عبد للمكاتب فهى مكاتبة على حالها للمكاتب الأعلى والمكاتب الأعلى مكاتب للمكاتب الاسفل لانه يصح اقراره على نفسه بالرق لان حريته لم تثبت بدليل الا أنه غير مصدق فى حق المكاتب لما فيه من ابطال حق المكاتب فبقى حرا فى حق المكاتب مكاتبا للحر لا لعبده مكاتبه وهذا كمجهولة النسب اذا أقرت بالرق لانسان لم يبطل نكاحها و يؤدى المكاتب الأعلى بدل الكتابة الى المكاتب الاسفل لان مجهول النسب لما أقر بالرق لها صار هو وجميع أكسابه مملوكا لها و بدل الكتابة من جملة أكسابه ومتى صار مجهول النسب عبدا فى حق هذا الحكم لا يبرأ المكاتب الا بالاداء الى المكاتبة والمكاتبة تؤدى مكاتبتها الى المكاتب الأعلى ثم المسئلة لا تخلو اما أن يؤديا متعاقبا أو معا فان أديا متعاقبا فأيهما أدى أولا الى صاحبه عتق ولا يكون ولاؤه لاحد لان ماعداه اما عبد أو مكاتب وهما ليسا من أهل الولاية وأيما أدى آخرا عتق وولاؤه للاول لانه لما صار حرا صار أهلا للولاء وان أديا معا عتقا ولا ولاء لاحدهما على الآخر لان عتق كل واحد منهما قارن بعتق صاحبه فلا يكون أحدهما أهلا للولاء حال عتق صاحبه وان عجز أحدهما صار مملوكا للآخر لانه ان عجز المكاتب صار مملوكا للمكاتبة لانه من كسب مجهول النسب وان عجزت المكاتبة فقد صارت أمة للمكاتب والمقر عبدهما فصارا جميعا للمكاتب وان عجزا معا عتقت

المكاتبة وصار المجهول مع المكاتب عبدين لهما لان المكاتب أقر برقبته لمجهول النسب ومجهول النسب أقر برقبته وجميع اكسابه للمكاتبة فقد صار المكاتب مقرا برقبته للمكاتب والمكاتبة لما قبلت المكاتبة من المكاتب فقد أقرت برقبتها للمكاتب فقد اجتمع اقرارها واقرار المكاتب سابق على اقرار مجهول النسب وآخر الاقرارين ناسخ لاولهما لان للآخر رد الاول ولم يوجد الرد للثاني فصح فصار الاعتبار لاقرار مجهول النسب لانه آخرهما وهذا كرجل مجهول النسب أقر بانه مملوك لعبد رجل وأقر مولى العبد وهو مجهول النسب انه مملوك لهذا المقر فهما جميعا مملوكان لعبد مجهول النسب أقر بالرق للمكاتبة والمولى للمكاتبة وهو والمكاتب أقر للمكاتب بالرق لمجهول النسب صارا مملوكين للمكاتبة اه مختصرا قال رحمه الله ﴿والولاء له ان أدى بعد عتقه﴾ لان الولاء لمن أعتق وعتيقه المكاتب الاول وهو أهل للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تاما فيه عند ذلك فثبت له ضرورة وفي شرح الطحاوي وان أديا معا عتقا وثبت ولاؤهما من المولى وفي الاصل وان عجز الاول ورد في الرق ولم يؤد الثاني مكاتبته بعد بقي الثاني مكاتبا على حاله ونظيره العبد المأذون له اذا أذن لعبده في التجارة ثم حجر على الاول بقي الثاني يصير مملوكا للمولى على الحقيقة فلو أعتقه نفذ عتقه ولو كان الاول لم يعجز ولكن مات قبل الاداء ولم يؤد الثاني مكاتبته أيضا فهو على وجهين ان ترك الاول مالا كثيرا سوى ما على المكاتب الثاني وبه وفاء ببدل الكتابة وفي هذا الوجه لا تنفسخ كتابته فيؤدي كتابته ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي يكون لورثته الاحرار وان لم يكن له وارث فلمولاه ويؤدي الثاني مكاتبته الى وارث المكاتب الاول واذا أدى وعتق كان ولاؤه لابن المكاتب حيث يرث ورثته المذكور الثاني اذا مات ولم يترك وفاء سوى ما ترك على المكاتب الثاني وهو لا يخلو من وجهين ان كان مكاتبة الثاني أقل مكاتبة الاول ففي هذا الوجه تنفسخ مكاتبة الاول ويكون عبدا ويبقى الثاني مكاتبا للمولى وان كان مكاتبة الثاني مثل مكاتبة الاول أو أكثر منه وهذا الوجه لا يخلو اما ان حل مكاتبة الثاني وقت موت الاول فتنفسخ كتابة الاول فيؤدي الثاني الى المولى ويحكم بحرية الثاني للحال وبحرية الاول في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي من مكاتبة الثاني تكون لورثة المكاتب الاول ان كان له وارث حر ويكون ولاء الثاني للمكاتب الاول لا لمولى المكاتب الاول وان حل المكاتب للثاني بعد موت المكاتب الاول ان كان له وارث وان لم يطالب المولى الفسخ من القاضي حتى حلت فالجواب فيه كالجواب فيما اذا مات الاول وقد حل ما على الثاني وان طلب من القاضي الفسخ تفسخ كتابة الاول فظهر قول المؤلف لو قال أو عتقا معا باداء مكاتبتهما لكان أولى ليفيد أن الولاء له في الحالتين وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا مات الاول وقد حل ما على الثاني وقد ترك وفاء الا أنه دين على الناس ولم يخرج الدين حتى أدى الاسفل الى الاعلى ينظر في الولاء والميراث الى يوم أدى الكتابة اه وفي المحيط فان مات الاول عن ابن ولم يترك الا ما على الثاني ومات الثاني وترك ولدا مولودا في الكتابة يسعى فيما بقي على أبيه ويؤدي الى المولى من مكاتبة الاول فان فضل شئ يكون لابن الاول ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وعتق الولد الاول مع عتق أبيه وولاء الثاني لابن الاول ولو اشترى المكاتب امرأته فكاتبها جاز لانها مملوكة فان ولدت فهو معها في الكتابة ومع الاب أيضا بخلاف ما لو كاتب أمه وعبدا هو زوجها كتابة واحدة فولدت فالولد يتبع الام كالحر قال رحمه الله ﴿والا لسيده﴾ يعني اذا أدى الثاني قبل أن يعتق الاول كان الولاء لسيد الاول لا للمكاتب لانه يقدر جعل المكاتب معتقا لكونه رقيقا فيلحقه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه كما لو اشترى العبد المأذون له شيأ فانه لا يملك لعدم الأهلية ويلحقه فيه مولاه لانه أقرب الناس اليه ولو أدى الاول بعد لا يتحول عتق المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل أن الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب واذا أعتق زالت الضرورة فيحول الولاء الى قوم الاب وقال في المحيط وولاء العتاقة متى ثبت على أحد لا يحتمل النقل الى غيره كالنسب قال رحمه الله ﴿لا التزوج بلا اذن﴾ يعني لا يملك التزوج بلا اذن لانه يعيب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطاق له الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو عقد فيها اكتساب مال على ما بينا ويملك التزوج باذن المولى لان الحجر لاجله لان ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما لثبوت ملكه في رقبته وفي الخانية المكاتب لا يملك وطء أمته فان وطئها ثم استحقت يؤاخذ المكاتب بعقرها في الحال قال رحمه الله ﴿والهبة والتصدق الا باليسير﴾ لانه نوع تبرع وهو ليس من أهله الا أن اليسير منه من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المهاجرون فيملكه لان من ملك شيأ ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء وكذا

لايجوز وصيته ولم يبين المؤلف رحمه الله تعالى مقدار اليسير وقال فى الذخيرة انه يتصدق ويهب بقدر الفلس ورغيف وفضة أقل من درهم ويأخذ الضيافة اليسيرة ويهدى الطعام المهيأ للأكل بقدر دانق ولو وهب أو أهدى درهما فصاعدا لايجوز قال رحمه الله ﴿والتكفل والاقراض﴾ لانهما تبرع وليسا من ضرورة التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه ولافرق فى الكفالة بين المال والنفس باذن أو بغيره لان الكل تبرع ولا يجوز كفالة المكاتب بمال أذن المولى فيها أولا وكذا الحوالة وكذا الكفالة بالنفس لانها متى صحت تتعدّى ضرورة الى المال بان يعجز عن احضاره فكان بمنزلة الكفالة بالمال وهو تبرع والمكاتب لايملك التبرع ويؤخذ منه بعد العتق كالعبد القن اذا كفل فان كان صغيرا لم يؤخذ منه بعد العتق لان الكفالة وقعت باطلة فان كفل بمال باذن المولى لم يلتزم المولى الكفالة ولو أدّى المكاتب فعتق لزمته الكفالة كما تقدم وان كفل عبده لآخر رجع السيد على المكفول عنه ان كفل بامره وبغير أمره بطل المال عنهما لان المولى ملك ما فى ذمة المكفول عنه لعجز المكاتب والكفيل أدى ما كفل به رجع على الاصل ان كفل بامره وبغير أمره لا يرجع ولو أدى المولى رجع أيضا قال رحمه الله تعالى ﴿واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه﴾ لانه ليس باهل للاعتاق لانه لا يتصوّر الا ممن يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لانه فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين فى ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب فلا يملكه وبيع العبد من نفسه اعتاق كما بينا فلا يملكه قال رحمه الله ﴿وتزويج عبده﴾ يعنى لايملك تزويج عبده وكذا لايملك أن يوكل به لأنه تعيب له ونقص فى المال لكونه شاغلا للرقبة بالمهر والنفقة وليس هو من باب الاكتساب فى شئ بخلاف تزويج الامة على ما بينا قال رحمه الله ﴿والاب والوصى فى رقيق الصغير كالمكاتب﴾ لان الاب والوصى كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب والاصل فيه أن من كان تصرفه عاما فى التجارة وغيرها يملك تزويج الامة كالمكاتب والاب والجدّ والوصى والقاضى وأمينه فكل من كان تصرفه خاصا بالتجارة كالمضارب والشريك والمأذون فلا يملك تزويج الامة ولا الكتابة عند الامام ومحمد وقال الثانى يملك تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بينا وجوابه انه ليس من باب التجارة فلا يملكه وجعل فى النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله فى الكافى كالمأذون له فى التجارة ولكل وجه قال الشارح جعله كالمأذون أشبه بالفقه قال رحمه الله ﴿ولا يملك مضارب وشريك شيأ منه﴾ يعنى لايملك تزويج الامة والكتابة لانهما ليسا من التجارة وقد بيناه قال رحمه الله ﴿ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه﴾ لما ذكر ما هو داخل فى الكتابة بطريق الاصالة وأنهاه شرع يذكر ما هو داخل بطريق التبع والتبع يتلو الاصل وانما يكاتب عليه لان المكاتب يملك الكتابة وان لم يملك العتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان لانه لما تعذر الاعتاق صار مكاتبا مثله للتعذر بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا تعذر فى حقه فيعتق عليه كما تقدم فى بابه بيانه وذكر الابن والاب وقع اتفاقا لان هذا الحكم لايختص بهما بل جميع من له قرابة الولادة يدخلون فى كتابته تبعا له وأقواهم دخولا المولود فى الكتابة يكون حكمه حكم أبيه حتى اذا مات أبوه ولم يترك شيأ يسعى على نجوم أبيه والولد المشترى يؤدّى البدل حالا والا يردّ فى الرق وانما كان كذلك لان المولود فى الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد بخلاف المشترى فان تبعيته ثابتة بالملك والبعضية فيهما حكما فى حق العقد لا حقيقة فى حقه لانه لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال قال الاكمل وتقديم الاب فى الذكر للتعظيم وأما فى الترتيب فيقدم الابن على الاب سواء كان مولودا أو مشترى فى الكتابة والمولود مقدم على المشترى فالمولود يظهر حاله فى الحياة وبعد الممات كما تقدم والمشترى فى حال الحياة فقط كما تقدم والاب يحرم بيعه حال حياة ولده ولم يقبل منه البدل بعد موته حالا ولا مؤجلا اه وانما قال تكاتب عليه ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لصار أصلا ولبقيت الكتابة بعد موت المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا مات المكاتب يباع الاب فان قيل ما الفرق بين المشترى فى الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتبه على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشترى لم يسقط من البدل شئ وأما اذا اعتق الصغير الذى تكاتب عليه يسقط من البدل ما يخصه أجيب بان المشترى تبع من كل وجه فلا يعتبر به فى أصل البدل لتقرره قبل دخوله فى الكتابة بخلاف الصغير فانه مقصود بالعقد والبدل فى مقابلته فسقط ما يخصه منه وفى الينابيع لو ملك الاجداد والجدات أو أولاد الاولاد تكاتب عليهم وفى الخلاصة ولو اشترى واحدا من أولاده وان سفلوا أو واحدا من أجداده وان علوا تكاتب عليه قال رحمه الله ﴿ولو أخاه ونحوه لا﴾ يعنى لو اشترى أخاه أو غيره من محارمه لا يكاتب عليه عند الامام وقالا يكاتب عليه لان وجوب الصلة تشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهب لهم ولا يقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام

فكذا

فكذا هذا الحكم وللامام أن للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى أمة ولده لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد كنزا والكسب يكفى للصلة فى الاولاد ألا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الولد والوالد ولا يكفى فى غيرها حتى لا يخاطب الاخ بنفقة أخيه الا اذا كان موسرا والدخول فى الكتابة بطريق الصلة فتختص بقرابة الولاد ولان هذه قرابة تشبه بنى الاعمام فى حق بعض الاحكام كحل الحلية وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة اليه وتشبه الولاد فى حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين اثنين منهن فألحقناها بالولاد فى العتق وبنى الاعمام فى الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه أولى من العمل على العكس وفى الذخيرة لو اشترى العم والعمة فالقياس أن يصير امثله فى الكتابة وفى الاستحسان لا يكاتب عليهما اهـ قال رحمه الله ﴿ولو اشترى أم ولده معه لم يجز بيعها﴾ يعنى لو اشترى زوجته مع ولده منها لم يجز له بيعها لان الولد لما دخل فى الكتابة امتنع بيعه لما ذكرنا فتتبعه أمه فامتنع بيعها الا انها تبع له ولا تدخل فى كتابته حتى لا يعتق بعتقه ولا ينفسخ النكاح لانه لم يملكها وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير ان لها ان يتبعه كيفما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها على ما بينا قيد بقوله معه لانه لو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند الامام وقالا ليس له أن يبيعها لانها أم ولده كالحر اذا اشترى أم ولده وحدها بدونه وللامام ان القياس ان يجوز البيع وان كان معها الولد لان كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدى فيكون للمكاتب وبين ان يعجز فيكون للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد الا أن بيعها امتنع تبعا للولد وما ثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه ولا يخفى أن هذا فى حال الحياة واما فى حالة الموت قال فى الينابيع فاذا مات المكاتب وقد اشتراها مع ولدها فلا سعاية عليهما لكن ان أدى ما على المكاتب عند الموت عتقا واذا لم يكن معها ولد فقالت أنا أؤدى جميع المال حالا لم يقبل منها وللمولى بيعها عند الامام وفى نوادر بشر عن أبى يوسف مكاتب اشترى امرأته فدخل بها وولدت ولدا بعد الشراء فمات المكاتب عن غير وفاء فالولد يسعى فيما على أبيه وفى المضمرات واذا مات الولد فى حياة المكاتب ثم مات المكاتب فان أدت بدل الكتابة حين موته عتقت والا ردت فى الرق ولا سعاية عليها وفى الهداية واذا ولد له ولد من أمته دخل فى كتابته فكان حكمه كحكمه وكسبه له وفى الينابيع اشترى جارية فوطئها فجاءت بولد فاعترف به ثم مات عنه فان ترك معه أبوه ولدا آخر اشتركا فى الكتابة قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى اذا مات المكاتب ليس للمولى بيعهم ولا سعايتهم فان أدى الولد المولود فى الكتابة البدل عتق وعتقوا جميعا وان عجز رد فى الرق وردوا فى الرق الا أن يقولوا نحن نؤدى المال الساعة فيقبل ذلك منهم قبل قضاء القاضى لعجز المولود فى الكتابة وان أدى مال الكتابة وللمكاتب مال كثير كان المتروك فى قياس قول الامام للمولود فى الكتابة وفى قياس قول زفر يرثون الجميع منه وفى الولوالجية ولدت مكاتبة ولدا فاشترت ولدا آخر ثم ماتت يسعى المولود فى الكتابة على النجوم وما كسبه الولد المشترى أخذه أخوه فأدى من كتابته وما بقى فهو بينهما نصفان وللمولود له أن يؤاجر المشترى بامر القاضى وان لم يكن لها الا المشترى أدى الكتابة حال موتها حالا والا ردت فى الرق فى قول الامام وقالا كسب كل واحد منهما له خاصة ويسعيان على النجوم وان ترك الولد المشترى دون المولود فى الكتابة يسعى على نجومه على قولهما وعلى قول الامام اما أن يؤدى حالا أو يرد فى الرق اهـ قال رحمه الله تعالى ﴿وان ولد له ولد من أمته تكاتب عليه وكسبه له﴾ لانه بالدعوة ثبت النسب له فيتبعه فى الكتابة وكان كسب الولد له لانه فى حكم مملوكه فكان كسبه له وكذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل فى كتابتها كما سنذكره قال فى العناية واعترض عليه بان المكاتب لا يملك التسرى فمن أين له ولد من الامة حتى يدخل فى الكتابة وأجيب بان معنى قولنا لا يملك لا يحل له وطء أمة لكن ان وطئ وادعى النسب ثبت قال فى المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب قال الولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيأ لان المكاتب كالحر ولا يضمن ولو ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد فى كتابتها لان الاوصاف الغارة الشرعية فى الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسرى الى الاولاد قيد بقوله تكاتب عليه ليفيد أن الام لم تصر مكاتبة قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وهنا ثبت للولد حق الحرية فيسعى ان ثبت للام حقها لانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فثبت للام هذا الحكم دون الكتابة لانحطاط رتبتها فان قلت لم لا تصير مكاتبة تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد عليها واعترض عليه بان عدم ورود العقد عليها الا يقتضى أن لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضى أن لا تصير مكاتبة اصالة ألا ترى انه لو اشترى أباه وابنه

تكاتب عليه وان لم يرد العقد عليه فالصواب فى الجواب الثانى عن السؤال أن يقال انها لا تصير مكاتبة تبعا للولد لانحطاط رتبتها عن الولد وفى الخانية المكاتب لا يملك وطء أمته فان وطئها ثم استحقت الامة يؤاخذ المكاتب بعقرها فى الحال وفى الزيادات مكاتبان بينهما جارية جاءت بولد فادعياه ثبت النسب منهما ويصير الولد مكاتبا معهما فاذا أدى أحدهما ما عليه عتق لوجود شرط العتق فى حقه وعتق الجزء من الولد تبعا له وبقى نصيب الآخر مكاتبا للآخر عند الامام وعندهما اذا أدى أحدهما عتق نخين عتق نصيبه من الولد عتق نصيب الثانى من الولد ولا ضمان على الولد ولا سعاية عليه وصارت الجارية كلها أم ولده وعليه قيمة نصيب الآخر سواء كان موسرا أو معسرا وقال المؤلف دخل فى كتابته كما سيأتى كان أولى من قوله تكاتب عليه لان هذا أقوى دخولا من المشترى فى الكتابة لانه يقوم مقامه ويسعى على نجومه والدخول يفيد قوة على مكاتب قيده كما سيأتى قال رحمه الله ﴿وان زوج عبده من أمته وكاتبهما فولدت دخل فى كتابتها وكسبه لها﴾ لان الولد يتبع الام فى الاوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها فكانت أحق بكسبه من الاب لانه جزءها فصار كنفسها وهى نظير المسئلة الاولى ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب لما ذكرنا بخلاف ما اذا قبلا الكتابة على أنفسهما وعلى ولدهما الصغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا تكون الام أحق به لان دخوله فى الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فلا يكون أحدهما أولى من الآخر وفى بعض نسخ الهداية دخل فى كتابتهما وكسبه لهما والاوجه دخل فى كتابتهما لان فائدة الدخول هو الكسب كذا فى العناية قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدته ان يعتق بعتقهما سواء اكتسب أولا قيل هذا ليس بشئ لان المراد أن فائدة دخول الولد فى كتابة الاب هو كون الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب فى الرق والحرية فتأمل وعدل عن قوله تكاتب عليها الى قوله دخل فى كتابتها ليفيد ان هذا أقوى حالا من المشترى فى الكتابة لانه لو مات المكاتب مفلسا سعى هذا فى الكتابة على نجومها قال رحمه الله ﴿مكاتب أو مأذون نكح باذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد﴾ يعنى لو تزوج مكاتب أو عبد مأذون له فى التجارة حرة بزعمها باذن المولى فولدت فاستحقت فالولد رقيق وليس له أن يأخذه بالقيمة عند الامام والثانى وقال الثالث ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق فى الحال اذا كان تزوج باذن المولى واذا كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق اذا كانت هى الغارة له وكذا اذا غره عبد مأذون أو غير مأذون له فى التجارة أو مكاتب رجع عليه بعد العتق فلا ينفذ فى حق المولى وان غره حر رجع عليه فى الحال وكذا لو كان مكاتبا وكذا حكم المهر فان المستحق يرجع به فى الحال ان كان التزوج باذن المولى والا فبعد الحرية وليس له أن يرجع على أحد بالمهر كما علم فى موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزوج دون الاخبار بأنها حرة لمحمد انه تزوجها رغبة لحرية الاولاد معتمدا على قولها وصار مغرورا كالحر ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية كما تقدم وترك هذا فى الحر باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم والعبد ليس فى معنى الحر لان حق المولى وهو المستحق فى الحر مجبور بقيمة واجبة فى الحال وفى العبد بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة هكذا ذكروا هنا وهذا مشكل جدا لان دين العبد اذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر فى حق المولى ويطالب به فى الحال والمذكور ههنا انه تزوجها باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى فلانه لا يظهر الدين فى حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد فى الحال ويشهد لهذا المعنى ما سنذكره والجواب أن المكاتب ثبت له حرية اليد والمأذون فك السيد حجره فثبت له ما يثبت للحر وأعطيناهما حكم الاحرار ولم يتضمن ما أذن فيه المولى النكاح فتوقف صحة ذلك على اذنه لان التوقف للحل لا لان يضمن ذلك السيد لانهما صارا فيه كالحر بخلاف مسئلة البيع لان اذن السيد فيه تناول البيع ولو كان فاسدا افافترقا قيد بقوله بزعمها لان المكاتب لو كان عالما بحال المرأة لا يصير مغرورا بالاجماع قال رحمه الله ﴿وان وطئ أمة بشراء فاستحقت أو بشراء فاسد فردت فالعقر فى المكاتبة﴾ كما لو اشترى المكاتب أمة شراء فاسدا فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر فى الحال وكذا العبد المأذون له فى التجارة لان هذا من باب التجارة والتصرف تارة يقع صحيحا وتارة فاسدا والكتابة والاذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما كالوكيل بهما فيظهر فى حق المولى فيؤاخذ به فى الحال قال رحمه الله ﴿ولو بنكاح أخذ به مذ عتق﴾ يعنى لو تزوج المكاتب امرأة بغير اذن المولى فوطئها يؤاخذ بالعقر بعد العتق وكذا المأذون له فى التجارة لان التزوج له ليس من الاكتساب ولا من التجارة لان الكتابة كالكفالة فلا يظهر فى حق المولى فلا يؤاخذ به فى الحال بخلاف الفصل الاول وبخلاف

ماذا اشترى أمة فوطئها فاستحقت حيث يؤاخذ بالعقر فى الحال وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة فى شئ ولا من الكسب ولا يتناول الاذن ولا عقد الكتابة فيؤخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذه الطريق وفى الاصل اذا وقع المكاتب على امرأة كان عليه الحد وهذا ظاهر فان ادعى شبهة فسقط عنه الحد فاذا سقط الحد وجب العقر كما فى الحر ثم يؤاخذ بهذا المهر فى الحال ولا يتأخر الى ما بعد العتق وان كانت مطاوعة لا يؤاخذ بالمهر للحال ونظير هذا ما قالوا فى المجنون اذا وقع على امرأة فوطئها فان كانت مكرهة فانه يجب عليه المهر وان كانت مطاوعة لا يجب عليه المهر هذا اذا ادعى نكاحا وأنكرت فان صدقته لا يؤاخذ بالمهر فى الحال سواء كانت مكرهة أو مطاوعة

﴿فصل﴾ ذكر هذه المسائل فى فصل على حدة لاختصاصها بأحكام تخالف ما سبق قال رحمه الله ﴿ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهى أم ولده﴾ لان المولى لما ادعاه صارت أم ولد منه فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهى الكتابة وآجلة بغير بدل وهى أمومية الولد فتختار أيهما شاءت ولا يحتاج الى تصديقها لانها مملوكة له رقبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت نسبه من المولى الا بتصديق المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة فى ملك المكاتبة وانما له حق الملك فيحتاج فيه الى تصديقها فاذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها واذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لان العتق حصل لها بغير بدل بالاستيلاد وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يسقط عنها الا الاكتساب تسلم لها وكذا أولادها التى اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلنا الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط قلنا بسلامة الاكتساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط البدل عملا بجهة الشرط ورد بانه قد تقرر مرارا أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وهنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونه شرطا يستلزم السقوط والسقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما فى محل واحد وتنافى اللازمين يوجب تنافى الملزومين فلا يمكن اجتماعهما والصواب فى الجواب انه انما سلم لها البدل لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكتساب والاولاد لان الفسخ للنظر لها والنظر فيما ذكرناه وان ماتت وتركت مالا يؤدى كتابتها منه وما بقى لولدها ميراثا لانه ثبت عتقها فى آخر جزء من أجزاء حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر وان ولدت ولدا آخر لم يثبت نسبه من غير دعوى لحرمة وطئها عليه وولد أم الولد انما يثبت نسبه من غير دعوى اذا كان وطؤها حلالا واذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك ولدا فى مدة يمكن العلوق بعد التعجيز يثبت نسبه من غير دعوى الا اذا نفاه صريحا ولو لم يدع الولد الثانى وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد فى بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد وأطلق فى قوله مكاتبة فشمل ما اذا كانت مفردة بالعقد أو مكاتبة مع أخرى وما ذكره خاص بالاولى قال فى المحيط رجل كاتب جاريتين مكاتبة واحدة ثم استولد أحدهما فالولد حر والام مكاتبة كما كانت ولا خيار لها لان الاستيلاد حصل فى ملكه فعلق حرا وانما قلنا لا خيار لها لانه لا يمكن ردها الى الرق بدون الاخرى ولو ولدت احداهما بنتا فاستولد المولى البنت صارت أم ولد له والولد حر بغير القيمة وليس لها أن تعجز نفسها وتبطل الكتابة لانها تابعة لامها واذا تعذر فسخ الكتابة تصير أم ولد له اهـ فلو قال بعقد مفرد لسلم وفى المبسوط اذا ادعى المولى حبل المكاتبة فضرب انسان بطنها بعد ذلك بيوم فألقت جنينا ميتا فان فى الولد غرة لابيه لانه عتق بدعوته فكان ميراثا له ولا ترث شيأ ولكنها تأخذ العقر ان اختارت المضى على المكاتبة اهـ فلو قال ولو ادعى حبلها فضرب آخر بطنها فألقت جنينا ميتا مضت الى آخره لكان أولى لانه يعلم حكم ما اذا ولدته فادعاه بالاولى وفى المبسوط أيضا ولدت مكاتبة من مولاها ثم أقر المولى انها أمة لفلان لم يصدق وان صدقته فى ذلك لان حق أمومية الولد قد ثبت لها فلا يصدقان فى ابطالها فان قال المدعى بعتها منك بألف ولم ينقد الثمن وقال المولى زوجتنى والامة معروفة للمدعى فعلى المولى المهر لمستوفيه قصاصا من الثمن وليس عليه قيمة فى الام ولا فى الولد وان لم تكن معروفة انها للمدعى ضمن القيمة ألا ترى انه لو أنكر البيع لم يتمكن من استردادها فيضمن قيمتها بعد أن يحلف بالله ما اشتراها منه بما يدعيه من الثمن اهـ وقيد بقوله مكاتبة من سيدها ليحترز عن أمة المكاتب فان صدقه ثبت النسب ويضمن قيمة الولد وتعتبر قيمته يوم الولادة هذا اذا جاءت به لستة أشهر من حين اشتراها فلو جاءت به لاقل فادعاه المولى لا تصح دعوته وكذا اذا اشترى المكاتب غلاما من السوق لا تصح دعوته الا بتصديق المكاتب عبد كاتبه وكاتب العبد أمة ثم ولدت المكاتبة ولدا فادعاه مولى المكاتب فالمسئلة على

وجوه اما ان صدقاه فى ذلك أو كذباه أو صدقه أحدهما وكذبه الآخر فان جاءت بالولد لستة أشهر فاكثر فصدقاه فى ذلك أو صدقه المكاتب ثبت النسب منه وان كذباه فى ذلك أو كذبته المكاتبة لا يثبت النسب والعبرة هنا بتصديق المكاتبة دون المكاتب والعبرة فيما تقدم بتصديق المكاتب دون المكاتبة ويجب العقر لها قال رحمه الله ﴿وان كاتب أم ولده أو مدبره صح﴾ لان ملكه ثابت فى كل واحد منهما وان كانت أم الولد غير متقومة عند الامام وعقد اثبات هذه المكاتبة لها بالبدل ولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فكان أخذ العوض عنه كالقصاص وعقد الكتابة ليرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك السيد فى الحال والحرية فى المآل وأم الولد فى هذا لغيرها الا انها مملوكة يدا ورقبة فانها تملك ما يملكه المكاتب فى الحال والمآل وكسبها للولى قال فى الهداية ولا تنافى بينهما الا انها تلقاها جهتا حرية قال صاحب الغياثية لا يقال أحدهما يقتضى العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق لا يثبت لهما فكانا متنافيين لانا نقول لا تنافى بينهما لكونهما جهتى عتق تلقاها على سبيل البدل وعورض بانه ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفى العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب وان أراد النوعية فلا تنافى وفى المحيط ومن كاتب أم ولده على خدمتها أو رقبتها اجاز فاراد بقوله على خدمتها أو رقبتها أن تصير أحق بخدمتها أو رقبتها بان كاتبها بالف على أن تصير أحق بخدمتها أو برقبتها فهو الصحيح لان ذكر الخدمة بدون المدة لا يصح وكذا الرقبة لا يتصور أن تكون بدلا لان الشئ الواحد لا يصلح أن يكون بدلا ومبدلا ولو وطئها بعد ما كاتبها يجب العقر لان العقر والارش بمنزلة الكسب قال رحمه الله ﴿وعتقت مجانا بموته﴾ أى عتقت بموت المولى بغير شئ يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بالاستيلاد وتسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكه يمنع من ثبوت ملك الغير فصار فيه كما اذا أعتقها المولى فى حال حياته ولئن انفسخت الكتابة فى حقها بقيت الحرية فى حق الاولاد والاكساب لان الفسخ للنظر والنظر فيما ذكرنا ولو أدت البدل قبل موت المولى عتقت بالكتابة كبقائها الى وقت الاداء وبالاداء تقرر ولا يبطل قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر فى ايفاء حقها وحقها حصل لا فى ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم يعتق قبل موت المولى بل حينئذ فينبغى أن يكون الكسب للمولى لا لها قال رحمه الله ﴿وسعى المدبر فى ثلثى قيمته أو كل البدل بموته فقيرا﴾ يعنى لو مات من كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار أن يسعى فى ثلثى قيمته أو جميع بدل الكتابة وهذا عند الامام وقال الثانى يسعى فى الأقل منهما وقال الثالث يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى الموضعين فى الخيار وفى المقدار وأبو يوسف مع أبى حنيفة مع المقدار ومع محمد فى نفى الخيار والكلام فى الخيار مبنى على تجزئ الاعتاق وعدمه فعنده لما كان متجزئا بقى ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيتخير للتفاوت بين الامرين وعندهما العتق لا يتجزأ لانه عتق كله بعتق ثلثه فبطلت الكتابة فلم يثبت الخيار والدليل مامر فى كتاب العتق واعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما لما عتق ثلثه عتق كله فانفسخت الكتابة فوجبت السعاية فى ثلثى قيمته لا غير وأجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فيقبضاها كذلك فلو بما يكون لها أقل فيحصل النظر بوجوبها وأما المقدار فعندهما لا يسقط عنه من بدل الكتابة شئ وعند محمد يسقط عنه ثلثه لان الكتابة صادفت ثلثه وعتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل ولهما ان المال قوبل بما تصح مقابلته به وبما لا تصح فانصرف كله الى ما لا تصح والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبته لان البدل هناك مقابل بكل الرقبة ان لم يستحق شئ من الرقبة عند الكتابة فاذا أعتق بعض الرقبة نفذ ذلك بالتدبير وسقط حصته من بدل الكتابة بقدره أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت فكان البدل باداء الثلثين ضرورة وليس هذا كما اذا أدى فى حياته لان استحقاق الثلث قد سقط بالتدبير وفى المبسوط لو كاتب عبده المأذون المديون فللغرماء بعضها لانها تضمنت ابطال حقهم فاذا أخذ المولى الكتابة ثم علموا فلهم أخذها من المولى لانه كسب عبد مأذون مديون والغرماء أحق باكسابه قبل الكتابة فكذا بعدها بخلاف ما لو ضرب على عبده المأذون المديون ضريبة مال صح وما يأخذ المولى من الضريبة مسلم له لان الضريبة بدل المنفعة وللمولى ان يستوفى المنفعة بالاستخدام فكذا له الضريبة بدلا عنه وان بقى من دينهم شئ ضمن له المولى قيمته ويسعى فى بقية دينهم ولا يرجع المولى على العبد بما أدى وكذا لو قضى المولى دينهم جازت الكتابة ولم يرجع على العبد بما أدى من دينهم أمة

ماذونة

مأذونة فى التجارة وعليها دين فولدت فكاتب السيد الولد وعتقه فللغرماء رد الكتابة وفى العتق يضمن المولى قيمة الولد قال رحمه الله ﴿وان دبر مكاتبه صح﴾ لانه يملك تنجيز العتق فيملك التعليق بشرط وهذا التصرف نافع له لاحتمال ان يموت المولى قبل اداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يعجز عن اداء بدل الكتابة فيبقى مدبرا قال رحمه الله ﴿وان عجز بقى مدبرا الوجود السبب الموجب له﴾ قال رحمه الله ﴿والاسعى فى ثلثى قيمته أوثلثى البدل بموته معسرا﴾ يعنى ان لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين ان يسعى فى ثلثى قيمته أو ثلثى بدل الكتابة عند الامام وقالا يسعى فى الاقل منهما فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزى الاعتاق وعدمه وقدمر بيانه وأما المقدار هنا فتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة ان لم يستحق شئ من الحرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقطت حصته من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم بالتدبير لانه سلم له تدبير الثلثين فيكون بدل الكتابة مقابلا لما لم يسلم وهو الثلث على ما بينا قال رحمه الله ﴿وان أعتق مكاتبه عتق﴾ لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق قال رحمه الله ﴿وسقط بدل الكتابة﴾ لانه التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ بالتراضى بالاجماع وقد وجد من المولى بالاقدام على العتق ومن العبد بحصول غرضه بلاعوض قال رحمه الله ﴿وان كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على نصف حال صح﴾ والقياس ان لايجوز لانه اعتياض عن أجل وهو ليس بمال والدين مال ولهذا لايجوز مثله بين الحرين ولا فى مكاتب الغير وان لم يجز كان ربا وذلك فى عقد المعاوضة غير جائز وعقد المكاتبة عقد معاوضة لاينتقض بالمهر والطلاق المقابل بالمال وأجيب بان ذلك على خلاف القياس بالنص وكذا ان تقول قوله والدين مال منقوض بقوله لوحلف بانه ليس له مال وله دين على ملى أو معسر لم يحنث الا أن يقال ذلك فى الايمان فتأمل ووجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لايقدر على الاداء الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة من وجه غير مال حتى لاتصح الكفالة به فاعتدلا بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من وجه فكان ربا ولان الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد على خمسمائة حالة قال بعض الافاضل فى قوله الاجل فى حق المكاتب مال فيه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق ان الاستقراض جائز وبهذا الاعتبار صحت الكتابة حالا وأقول هذه المناقشة انما تظهر ان لو أرادوا نفى القدرة على الاداء الا به نفى القدرة الممكنة وهى أداء ما يتمكن به من الاداء وأما اذا أرادوا بذلك نفى القدرة الميسرة وهو ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور ان اليسر على الاداء لا يكون الا بالاجل فتأمل قال فى المحيط ولو صالحه من الكتابة على عين جاز لان بدل الكتابة بمنزلة الثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز ولا يشترط قبضها فى المجلس كذا فى المنتقى عن محمد لانهما افترقا عن عين بدين ولو كاتبه على وصف أبيض فصالحه على وصفين أبيضين يدا بيد جاز لانه صالحه على دين بعين فيجوز ولو استأجر المولى مكاتبه بما عليه سنة يخدمه صحت الاجارة وعتق العبد للحال لان مولاه ملك بدل الكتابة بالتعجيل فبرئت ذمته عنه فان خدمه المكاتب شهرا ثم مات انقضت الاجارة وبرئ المكاتب من حصة ما خدم والباقى دين عليه اهـ (فروع) اذا اختلف المولى والعبد فقال العبد كاتبتنى على ألف وقال على ألفين أو اختلفا فى جنس المال القول قول العبد مع يمينه وعلى المولى البينة واذا جعل القاضى القول قول العبد مع يمينه وألزمه المال وأقام المولى البينة بعد ذلك على ألفين لزمه ألفان ويسعى فيهما وان لم يقم البينة فادى الالف وعتق ثم أقامها بعد ذلك ففى الاستحسان عتق وعليه ألف أخرى وفى الظهيرية ولو أقاما البينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت الزيادة لان المكاتب اذا أدى مقدار ما أقام به البينة يعتق وفى الولوالجية ولو ادعى كتابة فاسدة والآخر جائزة فالقول قول من يدعى الجائزة والبينة بينة من يدعى الفاسدة وفى الذخيرة اذا ادعى المكاتب انها وقعت فاسدة بان قال كاتبتنى على ألف ورطل خمر وأنكر المولى ذلك القول قول المولى ويلزم المكاتب الكتابة وكان ينبغى ان لا يقضى بجواز الكتابة بقول الآمر لان للمكاتب ان يعجز نفسه ويفسخ الكتابة ألا ترى الى ماذكر فى الشهادة اذا أقام المولى البينة على العبد انه كاتبه بالف وأنكر العبد ذلك فالقاضى لا يقضى ببينة المولى وجواب ماذكر هنا محمول على الرواية التى تقول انه ليس للمكاتب ان يعجز نفسه من غير قضاء القاضى قال رحمه الله ﴿ومات مريض كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثى البدل حالا والباقى الى أجله أورد رقيقا﴾ يعنى المريض اذا كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف درهم فمات المولى ولا مال له غيره فانه يؤدى ثلثى الالفين حالا والباقى الى أجله أو يرد

رقيقا وهذا عند الامام وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا لان للمولى ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فكان له ان يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بطريق الاولى فصار كما لو خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز وان لم يكن له مال آخر فصار كله مؤجلا كما مر في باب الخلع ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى جرى عليه أحكام الابدال من الاخذ بالشفعة وغيرها وحق الورثة متعلق بالمبدل كله فكذا بالبدل بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال وان لم تتعلق الورثة بالمبدل فكذا لا تتعلق بالبدل وحاصله ان المحاباة بالاجل فيعتبر في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما وعنده الاجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث قيدنا وقيمته ألف لانه لو كان بالعكس ففي العتابية وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلث القيمة حالا أو رد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط ألف درهم والتأخير وهو تأجيله الالف فلم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في الاسقاط ولا في حق التأخير اه وفي المحيط مريض كاتب عبده على قدر قيمته فمات ولا مال غيره يقال عجل لي ثلثي البدل والثلث مؤجلا كما هو فان لم يفعل يرد في الرق وفيه أيضا لو كاتب عبده في الصحة ثم أقر في مرضه باستيفاء بدلها فصدق لان حق الورثة لم يكن متعلقا بالعقد فصح اقراره بالاستيفاء كما لو باع أجنبيا في الصحة ثم أقر باستيفاء الثمن في المرض ولو كان عليه دين محيط لم يقبل في شئ ويعتق العبد بزعمه ويؤخذ بالكتابة ولو قال ان مت فكاتبوا هذا العبد تصح الوصية لانه يملك عتقه فيملك الايصاء ومن كاتب عبده في مرضه ولا مال له غيره فأجازه الورثة في حياتهم فلهم الابقاء بعد موته ولو كاتب عبده في صحته على ألف وقيمته خمسمائة فاعتقه عند الموت ولم يقبض شيأ حتى مات سعى في ثلثي قيمته عندهما وتبطل الكتابة وقال الامام يسعى في ثلثي قيمته وان شاء سعى في ثلثي ما عليه من الكتابة فان قبض المولى خمسمائة ثم أعتقه في مرضه فان كان المقبوض هالكا يحسب له شئ مما أدى وصار مال الكتابة ما بقي فيسعى في ثلثي كتابته لان ثلثي كتابته وثلثي ما بقي من كتابته سواء وعندهما يسعى في ثلث قيمته ولو أدى المكاتب المائة ثم أعتقه في مرضه سعى في ثلثي المائة بالاجماع اه وفي شرح الطحاوي من أعتق مكاتبه وهو مريض ينظر ان كان يخرج من الثلث عتق مجانا وان كان لا يخرج من الثلث ولم تجز الورثة ينظر الى ثلثي قيمته والى ثلثي بدل الكتابة وله الخيار يسعى في أيهما شاء عند الامام وظاهر قوله عبده أن ملكه كامل له وانما باشر العقد بنفسه ليحترز عما اذا كان بين صحيح ومريض قال في المحيط وان كان العبد بين رجلين مرض أحدهما وكاتبه الصحيح باذنه جاز وليس للوارث ابطاله وكذا اذا أذن له في القبض وقبض بدل الكتابة ثم مات المريض لم يكن للوارث ان يأخذ منه شيأ وفي الجامع مكاتب أقر لمولاه في صحته بالف درهم وقد كان المولى كاتبه على ألف وأقر المكاتب في صحته لاجنبي بالف درهم فمرض المكاتب وفي يده ألف فقضاها المولى من المكاتب فمات من ذلك المرض وليس له مال غيرها فالالف تقسم بين المولى والاجنبي على ثلاثة أسهم سهمان للمولى وسهم للاجنبي ولو ان المكاتب أدى الالف الى المولى من الدين الذي أقر به ثم مات فالاجنبي أحق بهذه الالف وبطل دين المولى ومكاتبته وان مات عن غير وفاء فرد في الرق ومات على ملك المولى ويبطل دين المولى وكتابته ولو لم يقبض المولى الالف ومات وتركها فهي للاجنبي ولو ترك المكاتب ابنا ولد له في الكتابة فالاجنبي أحق بهذه الالف أيضا ويبيع المولى ابن المكاتب بالدين والكتابة واذا أدى الابن الكتابة والدين لا ينقض القضاء للاجنبي ولو أن رجلا كاتب عبده على ألف درهم في صحته وأقرضه أجنبي ألف درهم ثم مرض المكاتب وأقرضه المولى ألف درهم بمعاينة الشهود فسرقت من المكاتب وفي يد المكاتب ألف درهم أخرى فقضاها المولى فالمولى أحق بها من الاجنبي بخلاف ما لو اشترى المكاتب في مرضه عبدا من المولى بالف درهم ولرجل أجنبي على المكاتب ألف فهلك العبد وفي يد المكاتب ألف درهم لا غير فقضاها المولى من ثمن العبد فمات المكاتب من مرضه ذلك ولم يترك وفاء فما قبض المولى من ثمن العبد لا يسلم للمولى وان كان البيع وقبض الثمن بمعاينة الشهود فيسترد الالف ويدفع الى الأجنبي والفرق أن صورة القرض المماثلة ظاهرة فيقدم المولى ولم تظهر في صورة البيع فقدم الأجنبي فتأمل وفيه أيضا كاتب عبده على ألفين وله ابنان حران وهما وارثاه فمرض المكاتب وأقر لاحد الابنين بالف درهم وأقر للمولى بدين ألف درهم فمات وترك ألفي درهم فالمولى أحق بالالفين يستوفي أحدهما من الكتابة والأخرى من الدين فان ترك أقل من الالفين يبدأ بدين الابن اه والفرق هو انه اذا ترك ألفين أمكن تصوره بعد موته حرا نظرا الى صورة المؤدى وان اختلف بوجه الدفع فقدم المولى لانه عقد الكتابة على صورة ألفين بخلاف ما اذا ترك الاقل

لم يمكن ذلك فقدم الابن فتأمل قال رحمه الله ﴿وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثى القيمة حالا والا رد رقيقا﴾ وهذا بالاجماع وقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿حر كاتب عن عبد على ألف وأدى عتق وان قبل العبد فهو مكاتب﴾ اختلف الشارحون فى صورتها قال بعضهم قال حر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على انى ان أديت لك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط فاذا قبل العبد صار مكاتبا يعنى هذا العقد له جهتان نافذ فى حق ما ينتفع العبد وهو ان يعتق عند أداء الشرط وموقوف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله صار مكاتبا لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وقال بعضهم صورتها ان يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على انى ان أديت لك ألف درهم فهو حر فاذا أدى لا يعتق قياسا لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفى الاستحسان يعتق وجه الاستحسان انه لا ضرر على العبد فى عتقه باداء الاجنبى ولا يرجع الدافع على العبد لانه حصل له مقصوده وهو عتق العبد وقيل يرجع على المولى و يسترد ما أداه ان أداه بضمان لان ضمانه كان باطلا كما لو ضمن فى الصحيحة فانه يرجع بما أدى فهذا أولى وان أداه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به هذا اذا أدى عنه بدل الكتابة كلها وان أدى عنه البعض فله ان يرجع سواء أداه بضمان أو بغير ضمان لانه لم يحصل له غرضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع ولو أدى قبل اجازة العبد ثم أجاز ليس له أن يرجع سواء أدى البعض أو الكل الا اذا أداه عن ضمان لان الضمان فاسد فيرجع بحكم فساده فان قيل ما الفرق بين هذا و بين البيع فان بيع الفضولى لا يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وهنا لم يتوقف فيما له والجواب ان ماله هذا اسقاط محض وهو لا يتوقف على القبول وفى الشارح ولو قال العبد لا أقبل فادى عنه الاجنبى الذى كاتب عنه لا يجوز لانه ارتد برده ولو ضمن الرجل لم يلزمه شئ لان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز وفى المحيط ولو كان هذا العبد ابنا لهذا القائل وكذا لو كان ابن صغير عبد الرجل واحد فكاتبه عن أبيه لم يجز لانه لا ولاية له على ابنه الصغير اذا كاتب عبد للغير وان أدى عتق العبد فى الفصول كلها لانا اعتبرنا الكتابة نافذة فى حق ماله وفى التتارخانية رجل كاتب عبد الغير بامر صاحب العبد على ألف درهم ثم حط عنه خمسمائة فبلغ المولى فاجاز فالكتابة بخمسمائة ولو كان وهب له الالف ثم بلغ المولى فاجاز فالهبة باطلة ولو أن رجلا كاتب عبد الغير بغير اذنه على ألف درهم فادى العبد الالف اليه ثم بلغ المولى فاجاز الكتابة جازت الكتابة ولا يجوز الدفع ولا يعتق بذلك الدفع فان أجاز المولى الكتابة والدفع فذلك جائز فى قول أبى يوسف و يعتق المكاتب بدفعه ولا تجوز اجازة القبض فى قول الامام وما اكتسبه بعد الكتابة قبل الاجازة فذلك للمكاتب على كل حال اه وفى شرح الطحاوى ولو كان لرجل عبد غائب فخاطب رجل مولاه فقال كاتب عبدك الغائب على ألف فهذا على وجهين اما ان يشترط الضمان أو لم يشترط اما اذا لم يضمن فالكتابة جائزة و يتوقف على اجازة العبد فان أجازه جاز ولزمه الالف وان رده بطل فلو أن هذا الرجل أدى قبل ان يجيز العبد وقبل أن يفسخ جاز وعتق العبد وليس له ان يسترد ذلك فى الاستحسان اه قال رحمه الله ﴿وان كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح﴾ يعنى اذا كاتب عبدين أحدهما حاضر والآخر غائب بان قال العبد لمولاه كاتبنى بالف عن نفسى وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جاز وفى المحيط ولو كاتب عبدا حاضرا وآخر غائبا وقبل الحاضر جاز استحسانا اه فظهر أنه لا فرق فى البداية بين ان تكون من السيد أو من العبد والقياس أن يصير الحاضر مكاتبا وحده لانه عقد الكتابة على نفسه وعلى الغائب فينفذ عليه و يتوقف فى حق الغائب على اجازته كما اذا باع ماله ومال غيره أو كاتب عبده وعبد غيره وجه الاستحسان ان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل فى كتابتها ولدها المولود فى الكتابة أو المشترى فيها أو المضموم اليها فى العقد تبعا لها حتى يعتقوا بادائها وليس عليهم شئ من البدل ولان هذا تعليق العتق باداء الحاضر والمولى ينفرد به فى حق الغائب فينفذ من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر بالف ثم قال ان أديته الى ففلان حر فانه يصح من غير قبول الحاضر فكذا هذا فاذا أمكن جعل الغائب تبعا استغنى عن شرط رضاه و ينفرد به الحاضر و يطالب الحاضر بكل البدل ولا عبرة باجازة الغائب ولا رده ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشئ منه ولو اكتسب شيأ ليس للمولى ان يأخذه من يده ولو أبرأه المولى أو وهب له مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو أبرأ الحاضر أو وهبه مال الكتابة عتقا ولو أعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته بخلاف الولد المولود فى الكتابة حيث لا يسقط عن الام شئ من البدل بعتقه وكذا ولدها المشترى ولو أعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط عن الحاضر حصته من البدل و يؤدى الغائب حصته حالا أو يرد رقيقا لان الاجل لم يثبت فى حق الغائب وفى المحيط وان مات

الغائب لم يدفع عن الحاضر شيئ وذكر عصام لايبيع الغائب مالم يعجز الحاضر اه قال رحمه الله تعالى ﴿وأيهما أدى عتقا﴾ أى أيهما أدى بدل الكتابة عتقا الوجود شرط عتقهما و يجبر المولى على القبول اما اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه وأما اذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا كما اذا أدى ولد المكاتبة فانه يجبر على القبول وان لم يكن البدل عليه وكمعير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن يجبر على القبول لحاجته الى استخلاص حقه وان لم يكن عليه دين وفى المحيط ولو كاتب عبدين كتابة واحدة فارتد أحدهما قيل لا يعتق الحى مالم يؤد جميع الكتابة كما لو مات أحدهما حتف أنفه أو قتل وان ترك المقتول كسبا فى ردته أخذ المولى منه جميع البدل وعتقا لان كسبه تعلق به حق الورثة فلم يصر فيئا واذا التحق بدار الحرب أخذ الحاضر بجميع البدل و يرجع على المرتد بحصته اذا عاد قال رحمه الله ﴿ولا يرجع على صاحبه بشئ﴾ يعنى لا يرجع واحد منهما بما أدى من البدل على الآخر أما الحاضر فلانه قضى دين نفسه وأما الغائب فلكونه أدى بغير أمره وليس بمضطر فيه لانه يطالب نفعا مبتدأ بخلاف معير الرهن فلانه مضطر من جهته قال فى المحيط كاتب عبدين على ألف منجمة كتابة واحدة فزاد أحدهما مائة درهم ولم يقبل الآخر الزيادة فانه يلزم الزائد نصف الزيادة و يكون عليه حالا و يعتقان باداء الالف لان الزيادة لم تلتحق بأصل العقد لان الكتابة المنجمة تعليق والتعليق لايحتمل التغير فاذا أدى أحدهما لا يرجع بها على الآخر لانه تبرع ولو زاد أحدهما مائة وضمها فالزيادة كلها عليه نصفها بالاصالة ونصفها بالكفالة قال رحمه الله ﴿ولا يؤاخذ الغائب بشئ﴾ يعنى لا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة لانه لادين عليه لانه لم يلتزم له بشئ وانما دخل فى الكتابة تبعا فصار نظير ولد المكاتبة قال رحمه الله ﴿وقبوله لغو﴾ يعنى قبول الغائب ورده لغو لان الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله ولارده كمن كفل دينا عن غيره بغير أمره فبلغه فاجازته باطلة ولا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع قال رحمه الله ﴿وان كاتب الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجهه فى مسئلة الغائب لان هذه مثلها فى جميع ماذكرنا من الاحكام لما أن الام والاب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الولد فى كتابتهما بالشرط لا بالولاية كدخول الغائب فى كتابة الحاضر وقبول الاولاد وردهم لا يعتبر وفى المحيط كاتب عبده وامرأته على أنفسهما وأولادهما الصغار ثم ان انسانا قتل الولد فقيمته للابوين ولو غاب الاب فاراد المولى استسعاء الولد فى شئ من الكتابة لم يكن له ذلك ولا سبيل للابوين على كسب الولد لانه مكاتب أصلا بخلاف المولود فى الكتابة لانه دخل تبعا فكان كسبه تبعا و يدفع حصته عن الابوين ان أعتقه السيد وان مات الابوان أدى حالا والارد فى الرق ان وقعت الكتابة وهو كبير وان وقعت وهو صغير يسعى على نجومهما فيثبت الاجل فى حقه تبعا لهما ولا كذلك الكبير اه وذكر الام مثال وليس بقيد قال فى المحيط كاتب عبده على نفسه وولده الصغير جاز استحسانا وان رد فى الرق رد الولد فى الرق وان مات الاب سعى الاولاد وان كانوا صغارا عاجزين ردوا فى الرق لتحقق العجز عن الاداء فان قالوا نسعى لا يلتفت الى قولهم ولو لم يعجز واوسعى بعضهم وأدى لم يرجع على اخوته بشئ لانه أدى عن أبيه لا عن اخوته فان ظهر للمكاتب مال لم يكن له ان يأخذ ما أدى لانه أدى مالم يكن مطالبا باداته وللمولى أخذ كل واحد منهما باداء جميع بدل الكتابة لانه قائم مقام أبيه وان أعتق المولى بعضهم رفعت حصته عن الباقين ولو كانوا كبارا فكاتبه على نفسه وعليهم بغير اذنهم وأدى عتقوا ولا يرجع عليهم كما ذكرنا فى الصغار اه قال رحمه الله ﴿وأى أدى لم يرجع﴾ لما ذكرنا فى مسئلة الغائب ولو أعتق الام بقى عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها فى الحال بخلاف المولود فى الكتابة والمشترى حيث يعتق بعتقها و يطالب المولى الام بالبدل دونهم ولو أعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقى على نجومها وليس له ان يبيعهم ولو أبرأهم عن الدين أو وهبهم لا يصح ولها يصح و يعتقون معها لما ذكرنا فى كتابة الحاضر مع الغائب والله تعالى أعلم

﴿باب كتابة العبد المشترك﴾

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع فى كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك قاله فى غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد قال رحمه الله ﴿عبد لهما اذن أحدهما لصاحبه ان يكاتب حصته بالف و يقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض﴾ يعنى اذا كان العبد بين اثنين اذن أحدهما لصاحبه ان يكاتب حظه وتعبير المؤلف بقوله لهما أولى من تعبير صاحب الهداية حيث قال بين رجلين لان المثنى يستوى فيه المذكر

والمؤنث

والمؤنث فيشمل ماإذا كان بين رجلين أو امرأتين أو رجل وامرأة وقال فى العناية وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن وفى الاصل وعامة المشايخ لم يشترطوا لصحة الفسخ القضاء أو الرضا والامام العلامة نجم الدين النسفى شرط له القضاء أو الرضا اه وهذا هو قول الامام وقالا هو مكاتب لهما والمقبوض بينهما وأصله ان الكتابة تتجزى عند الامام وعندهما لا تتجزى كما ذكر فى الاعتاق وفى الشارح وفائدة اذنه بالقبض ان ينقطع حقه فيما قبضه ويختص به القابض لان اذنه بالقبض اذن لعبده بالاداء اليه الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم بعد اه وجه قول الامام ان المكاتب نصف كسبه له فاذا أذن للمكاتب ان يصرفه بدينه صح اذنه وتم بقضاء دينه به فكان المقبوض للقابض فان عجز المكاتب لا يرجع الآذن بذلك وان لم يحصل مقصوده وهو الحرية لان المتبرع عليه هو العبد ولو رجع يرجع على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ماإذا تبرع شخص بقضاء الثمن ثم استحق أو هلك قبل القبض أو انفسخ البيع أو تبرع بقضاء مهره وحصلت الفرقة من جهة المرأة حيث يرجع بالمهر والثمن لان ذمة البائع والمرأة صلحت لوجوب الدين المتبرع عليها فأمكن الرجوع ولو كان الشريك بالاذن مريضا وأدى من كسبه قبله صح من الثلث لانه تبرع بعين ماله وفى الاول بالمنافع فالتبرع بالمنافع يعتبر من جميع المال وبالعين من الثلث وجه قولهما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة كله فاذا كاتبه صار كله مكاتبا نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فهو مكاتب لهما والمقبوض بينهما قيد بقوله اذن لانه لو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا وللساكت أن يفسخ بالاجماع قبل أن يؤدى بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف ماإذا باع نصيبه حيث لا تفسخ لانه لا ضرر فيه لانه لم يخرج نصيبه من يده وبخلاف العتق وتعليق العتق بالشرط حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ وفى العتابية اعترض بان الكتابة اما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق باداء المال ولو وجد شئ من ذلك من أحد الشريكين بغير اذن شريكه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن أين ذلك فى الكتابة وأجيب بان الكتابة ليست عين الكل واحد منهما وانما يشتمل عليها فيجوز أن يكون فيها ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ولو أدى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند الامام لما مر وللساكت أن يأخذ من الذى كاتبه نصف ماقبض لانه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر ان كاتب كله بالف لم يرجع على المكاتب بشئ مما أخذه منه شريكه لانه مسلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذه منه شريكه لان الكل كان بدل نصيبه ولم يسلم له بعضه فيرجع عليه به وعندهما بالاداء عتق كله ورجع الساكت على شريكه ان كان موسرا والا فعلى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف مابقى من الاكساب لانه كسب عبد مشترك ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا لهما أما عند الامام فظاهر لانها تتجزى وأما عندهما فلأن الساكت كان له أن يفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه فى نصيبه وأيهما قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه الآخر فيه وتعلق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى فى كتابته فان أدى لهما معا فالولاء لهما عندهم وان قدم أحدهما صار كما لو كاتبهما أعتقه أحدهما عتق نصيبه عند الامام ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية الا أن يعجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق والاعتاق واستسعاء العبد ان كان المعتق موسرا وان كان معسرا بين الاعتاق والاستسعاء وعند الثانى يضمن المعتق ان كان موسرا ويستسعى العبد فى نصف قيمته ان كان معسرا وعند الثالث يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة فى اليسار ويسعى فى الاعسار وان كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بأداء نصيب أحدهما اليه ويعتق باعتاقه وابرائه وهبة نصيبه لانه لم يبق له قبله حق فيكون حكمه حكم المسئلة الاولى فى التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيها وباستيفاء نصيبه لم يبرأ لان المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه به فلا يعتق حتى يؤدى الكل وحكمه ظاهر وفى المحيط وان كاتب نصيبه بغير اذن شريكه فلم يعلم شريكه حتى كاتب نصيبه باذن الاول ثم علم فليس له الفسخ لان حق الفسخ انما يثبت للساكت لدفع الضرر عنه والضرر هنا يندفع بالفسخ لانه يبقى نصيبه مكاتبا وما يأخذه أحدهما بعد هذا يسلم له لا يشاركه صاحبه فيه ونصيب كل واحد منهما مكاتب كتابة على حدة واذا كاتب كله باذن شريكه الى أن قال فوهب له نصف بدل الكتابة لم يعتق نصيبه ولو وهب جميع نصيبه عتق نصيبه والفرق أن بدل الكتابة دين واحد فمتى وهب النصف مطلقا ينصرف الى النصف شائعا من النصيبين فلا تقع البراءة للعبد عن جميع حصته وانما تقع البراءة عن نصف حصته ومتى وهب حصته وحصته لا تحتمل الا نصيبه خاصة فيبرأ العبد عن جميع حصته فيعتق بخلاف سائر الديون اذا وهب أحد الشريكين نصف الدين مطلقا ينصرف الى نصيبه لان الدين ثمة وجب بايجابه وبخلاف

مالو باع أحد الشريكين جميع العبد ثم وهب النصف حيث ينصرف الى نصيبه خاصة لان ايجاب نصيب شريكه لم يصح فى حقه فصار وجود الايجاب فى نصيب شريكه وعدمه بمنزلة واحدة اهـ قيد بقوله ويضمن لانه لولم يأذن بالقبض قال فى التتارخانية كاتب نصيبه باذن شريكه ولم يأذن له بالقبض فعلى قول الامام الجواب فيه كما اذا لم يأذن له أن يكاتب نصيبه فى جميع ماذكرنا من الاحكام الافى فصلين أحدهما لا يكون للآذن تضمين المكاتب أن يفسخ الكتابة فى نصيب المكاتب والثانى أنه متى أدى عتق نصيب المكاتب وأما على قولهما فقد صار العبد مكاتبا بينهما اهـ قال رحمه الله ﴿أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه ثم وطئ الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهى أم ولد للاول و يغرم لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه﴾ وهذا قول الامام وعندهما هى أم ولد للاول وهى مكاتبته كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند الثانى وعند الثالث الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الآخر من الآخر ولا يكون له الولد بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبنى على تجزئ الاستيلاد فى المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاد القنة لا يتجزأ بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزأ بالاجماع فاذا عرف هذا فنقول عنده اذا ادعى أحدهما الولد صحت دعوته فى نصيبه وهى تكفى لصحة الاستيلاد وصار نصيب أم ولده له ولم يتملك نصيب صاحبه فيبقى نصيب الآخر مكاتبا على حاله وقالا يتملك نصيب صاحبه وصارت كلها أم ولد له لان الاستيلاد يجب تكميله ما أمكن لكونه قابلا للنقل وقد أمكن هنا كما فى الامة المشتركة لان الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمل فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة فى حق التمليك والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراءه ولهذا اجاز عتقه فى الكفارة بخلاف ما اذا استولد مدبرة مشتركة فانه لا يكمل و يقتصر على نصيبه لانه لا يملك تمليكها اذ التدبير يمنع النقل وللامام أن الاستيلاد يقبل التجزأ اذا وقع فى محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين اذا استولدها أحدهما فانه يتجزأ و يقتضى الاستيلاد على نصيبه والكتابة عقد لازم كالتدبير فاذا جاءت بولد بعد ذلك وادعاه الآخر ادعى نسب ولد به له نصفها فتصح دعوته و يثبت نسبه منه فاذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين به أن الامة كلها أم ولد للاول لان المقتضى للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضى عمله من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف قيمتها لانه يتملك نصيبه لتكميل الاستيلاد ونصف عقرها وضمن الآخر قيمة الولد والولد حر بالقيمة لكونه وطئ أمة الغير فلزمه كمال العقر قال فى العناية ينبغى أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند الامام لان حكم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها وأجيب بان هذا على قولهما أما على قول الامام فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس هذا الجواب بشئ اهـ ولا يخفى أن قوله فكاتباها ليس بقيد احترازى لانه لو كاتبها أحدهما فولدت فادعاه فالحكم كذلك عندهما قال فى المحيط ولو كاتب نصيبه بغير اذن شريكه ثم علقت منه فهى أم ولد له وهى مكاتبة على حالها عندهما لان كلها صارت أم ولد له و يتملك نصيب شريكه بالضمان لان الكتابة لا تتجزأ عندهما فيضمن نصف قيمتها أو نصف عقرها لشريكه ونصف عقرها لها واختلف على قول الامام قيل لا يصير الكل أم ولد لان الاستيلاد لم يفد حق العتق فى نصيب المستولد للحال فلا يضمن شيأ لشريكه و يضمن جميع العقر للمكاتبة وقيل يصير الكل أم ولد له لان الاستيلاد فى نصيبه عامل للحال لقيام ملكه فيه فيتملكه المستولد فيضمن نصف قيمتها ونصف العقر لشريكه ونصفه للمكاتبة ولو وطئها الذى لم يكاتب فعلقت به فهى أم ولده والمكاتبة جائزة ولا يتملك نصيب المكاتب بالاستيلاد عنده وقيل ينبغى أن تنفسخ الكتابة بنفس الاستيلاد وعندهما يتملك نصيب صاحبه مكاتبة لان كلها صار مكاتبا بكتابة الاول وصارت كلها أم ولد ولو كاتبها بغير اذن شريكه وا كتسبت مالا وأدت فعتقت ثم اكتسبت مالا ثم حضر غير المكاتب فله نصف كسبها قبل أداء البدل وكسبها بعد الاداء لها وعندهما هى حرة فيكون لها وتأخذ نصف المؤدى من المكاتب ولو ولدت المكاتبة بنتا فولدت البنت ولدا فادعاه أحدهما صح الاستيلاد منه فان عجزت المكاتبة صارت البنت أم الولد للواطئ و يضمن لشريكه نصف قيمتها يوم علقت لان بعجز الام صارت قنة فيتملكها المستولد من وقت العلوق فان لم تعجز وأعتق الشريك الآخر البنت بعد العلوق صح ولا سعاية عليها وولدها حر عند الامام وعندهما ان أدت البنت عتقت ولا ضمان ولا سعاية وان عجزت البنت فالام فالبنت كأم الولد بين شريكين أعتقها أحدهما مكاتبة بينهما ولدت فأعتق أحدهما الولد عتق نصيبه وان أعتق الام عتق نصفه الآخر تبعا للام وان عجزت فلشريكه فى الولد الخيارات الثلاث مكاتبة بينهما ولدت بنتا فعلقت منهما ثم ماتا عتقت البنت وحدها والام مكاتبة على حالها ولو كانت الام هى التى ولدت منهما

فانا

فما اعتقت وعتق ولدها وان عجزت ثم ولدت منهما فالولد الاول رقيق لان الكتابة انفسخت بالعجز فى حقهما وصار اقنين ثم صارت أم ولد والاول منفصل فلا يسرى حق الحرية اه قال رحمه الله ﴿وأى دفع العقر الى المكاتبة صح﴾ يعنى وأى دفع العقر الى المكاتبة جاز لانه حقها حال قيام الكتابة فاذا عجزت تردّه الى المولى قال فى العناية يعنى اذا دفع قبل العجز وهذا قول الامام وعندهما صارت أم ولد للاول ولزمه كل المهر لان الوطء فى دار الاسلام لا يخلو عن الضمان الجائز أو الحد الزاجر وانتفى الحد للشبهة فيجب العقر ولو عجزت فردت فى الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه بها اه وفى المبسوط كاتب جاريته ثم مات عن ابنين فاستولدها أحدهما فهى بالخيار ان شاءت عجزت نفسها وهى أم ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها الشريكه وان شاءت مضت على كتابتها وأخذت عقرها وسقط الحد لشبهة حق الملك قال رحمه الله ﴿وان دبر الثانى ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهى أم ولد للاول﴾ وهذا بالاجماع أما عندهما فلأن المستولد يملكها قبل العجز وأما عنده فلأنه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للاول وأنه لم يكن له فيها ملك كامل والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل وكان الولد حرا بقيمته فكذا هنا وهى أم ولد للاول لانه يملك نصيب شريكه ويكمل الاستيلاد للامكان قال رحمه الله ﴿وضمن لشريكه نصف قيمتها﴾ لانه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قبل ذلك قال رحمه الله ﴿ونصف عقرها﴾ لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ﴿والولد للاول﴾ لان دعواه قد صحت على ما مر وهذا بالاجماع وهذا متكرر مع قوله وهى أم ولد وأجيب بان ذلك فى ذات الامة وهذا فى الاولاد فلا تكرار واعترض باختلاف الموضوع بان هذا يوهم ان الثانى وطئ وادعى والموضوع خلافه فلو قال وتم الاستيلاد للاول اسلم قال رحمه الله ﴿وان كاتباها فحررها أحدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها﴾ وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا والاصل فى هذا ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال وانفسخت الكتابة فالحكم عندهما ما تقدم ومن أصل الامام ان العتق عنده يتجزأ فجاز اعتاق النصف فلا يؤثر الفساد فى نصيب الساكت فلا يضمن العتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر أثر العتق وكان للساكت الخيارات المذكورة فى العتق وهى ان كان موسرا فله ان يعتق أو يستسعى أو الضمان فاذا ضمن كان للمعتق ان يرجع على العبد وان كان المعتق معسرا كان له خيار العتق أو الاستسعاء على ما بينا فى العتق وعلى هذا الخلاف لو دبرها أو استولدها فاذا عجزت ظهر أثرهما فيضمن قيمتها موسرا كان أو معسرا لان هذا ضمان تملك وعندهما لا يتجزآن فصارت كلها أم ولد أو مدبرة ويضمن لشريكه نصف قيمتها فى الحال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار ويضمن العقر فى الاستيلاد قال رحمه الله تعالى ﴿عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر موسرا للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته﴾ وهذا عند الامام ووجهه ان التدبير يتجزأ عنده فيقتصر التدبير على نصيب المدبر لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت خيار التضمين أو الاعتاق أو الاستسعاء على ما عرف من مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء فيقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده لكن يفسد نصيب الآخر فله أن يضمنه نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء فاذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرا وقد عرف قيمة المدبر فى بابه واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وأبق وضمن الغاصب قيمته فانه لا يتملكه كذا هذا قيد بقوله ثم حرره الآخر فعلم انه قن لانه لو لم يكن قنا قال فى المحيط مكاتب بين رجلين دبر أحدهما صار الكل مدبرا له وهو مكاتب له عندهما ويتملكه بالقيمة للشريك موسرا كان أو معسرا لان التدبير لا يتجزأ عندهما فتدبيره لافى نصيب شريكه فاذا تملكه يملك بضمان القيمة وضمان القيمة لا يختلف باختلاف اليسار والاعسار واختلفوا انه يضمن قيمته مكاتبا أو قنا قيل يغرم نصف قيمته قنا لانه تنفسخ الكتابة فى نصيب شريكه لان فسخ الكتابة لا يتجزأ وقيل يضمن قيمته مكاتبا لان الفسخ انما لا يحتمل التجزأ لضرورة تضاد الاحكام فى محل واحد وذلك لا يوجد هنا فان الكل قد صار مدبرا من جهة المدبر وعند أبى حنيفة التدبير يتجزأ فيصير نصفه مدبرا فقد اجتمع فى النصف سببا الحرية الكتابة والتدبير وفى النصف سبب واحد وهو الكتابة فاذا أدى عتق فان مات المدبر عتق وعندهما فى الكل اجتمعا سببا الحرية

الـكتابة والتدبير لان من قال تنفسخ يقول بالفسخ في حق التملك لضرورة صحة التدبير فلا يظهر الفسخ في حق حكم آخر وهو العتق باداء بدل الـكتابة ولا يخفى ان هذه المسئلة تتـكرر مع قوله عبد لموسرين دبر أحدهما وحرر الآخر ومثل هذا لا يليق بهذا المختصر وأيضا محل هذه المسائل باب العتق فتـدبره وفي المحيط أنت تـكاتب بالف يافلان ويافلان فالـكتابة والقبول للاول ولو قال أنت تـكاتب يافلان وفلان بالف فالـكتابة والقبول للثاني قال رحمه الله ﴿وان حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق﴾ لان المدبر كان له الخيارات السابقة فاذا دبره لم يبق له خيار التضـمين وبقي خيار العتق والاستسعاء وهذا عنـد الامام وعندهما تدبير الثاني باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عنـدهما فيعتق كله فلم يصادف التـدبير الملك ويضمن قيمته ان كان موسرا لان هذا ضمان اعتاق فيختلف بين اليسار والاعسار والله تعالى أعلم

﴿باب موت المـكاتب وعجزه وموت المولى﴾

تاخـير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقـد الـكتابة فـكذا بيان أحكامها قال رحمه الله ﴿مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة أيام﴾ نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لامهال الاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء فلا يزاد عليه قال صاحب العناية والمدين بالجر عطفا على كامهال أقول هذا بحسب الظاهر غير صحيح قطعا لانا لا نشك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء ويقبل قوله في الامهال بمجرد قوله قال في البـدائع فان عجز عن نجم فان كان له مال حاضر أو غائب بان قال لي مال على انسان أو قال يجيء في القافلة يمهله القاضي الى الثلاثة أيام اذا انتظار المدة منـدوب قال في البدائع ينتظر يومين أو ثلاثة استحسانا والواجب لا يجبر فيـه ولا يخفى أن النجم هو الطالع وسمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى من الوظيفة قال رحمه الله ﴿والا عجزه وفسخها أو سيـده برضاه﴾ يعني اذا لم يكن له مال سيصل في ثلاثة أيام فسخ القاضي الـكتابة أو فسخ المولى برضا المـكاتب وهذا عنـد الامام ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليـه نجمان لقول علي رضي الله تعالى عنـه اذا توالى على المـكاتب نجمان يرد في الرق والامر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد ارفاق حتى كان التأجيل فيـه سنة ولهما ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه فسخها بعجز المـكاتب عن نجم ورده الى الرق والاثر فيـه كالمرفوع وما رواه عن علي لا ينفي الفسخ اذا عجز عن نجم بل هو سكوت عنـه وأفاد بقوله أو سيده برضاه ان الـكتابة لازمة من جانب المولى غـير لازمة من جانب العبد فلو أراد العبد ان يعجز نفسه ويفسخ الـكتابة وأبى المولى ذلك فللعبد ذلك في الرواية الصحيحة والرواية الثانية انها لازمة من جانب العبـد أيضا فليس له ان يفسخها بغـير رضا المولى والمراد بقوله فسخها يعني الحاكم يحكم بعجزه لانه واجب عنـد طلب المولى وله ولاية ذلك وان لم يرض العبد فلا بد من القضاء كالرد بالعيب وظاهر قوله مكاتب عجز عن نجم صادق بما اذا كاتبه وحده أو مع غيره وليس كذلك بل هو خاص بما اذا كاتبه وحده قال في المحيط ولو كاتب عبدين كتابة واحدة فعجز أحدهما فرده القاضي في الرق والقاضي لا يعلم بمكاتبة الآخر معه ثم أدى الآخر الـكتابة عتقا جميعا لانه لم يصح رد الاول في الرق ما دام الآخر قادرا على أداء بدل الـكتابة ولهذا لو علم القاضي بكتابة الآخر لا يرد حتى يجتمعا ولو كاتب الموليان عبدا لهما كتابة واحـدة فعجز لم يرد في الرق حتى يجتمع الموليان لانه اذا غاب أحدهما كان الفسخ في نصيب الآخر متعذرا ولو مات المولى عن ورثة فلبعضهم الرد في الرق بقضاء وليس له ذلك بغـير قضاء لان بعض الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما له وفيما عليه وفي المحيط كاتب عبديه كتابة واحدة فارتد أحدهما ولحق بدار الحرب فعجز الحاضر لم يرده القاضي في الرق وان رده لم يكن ردا للآخر حتى لو رجع مسلما لم يرده الى مولاه فلو قال في كتابة واحـدة لكان أولى اهـ قال رحمه الله ﴿وعاد أحكام الرق﴾ يعني اذا عجز عاد الى أحكام الرق لان الـكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقـد الـكتابة فلا يبقى بدون العقد ولا يخفى أن المؤلف قال وعاد أحكام الرق ولم يقل عاد الى الرق لانه فيـه باق قال رحمه الله ﴿وما في يده لسيده﴾ لانه ظهر انه كسب عبده اذا كان موقوفا عليه أو على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فـكان لمولاه قال رحمه الله ﴿وان مات وله مال لم تفسخ﴾ وهذا قول ابن مسعود وبه أخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الـكتابة بموته وبه أخـذ الامام الشافعي له ان العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل وهذا لان العتق لا يخلو اما أن يثبت العتق قبل الموت أو بعـده مقتصرا أو مستندا لا وجه الى الاول لعـدم شرطه وهو الاداء والشيء لا يسبق شرطه ولا الى

الثانى لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق اثبات قوة الميت وهو لا يتصور فى المالكية بخلاف ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود عليه بل عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد ولان المولى يصلح أن يكون معتقا بعد الموت كما اذا قال أنت حر بعد موتى ولنا ان الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت الآخر وهو العبد كالبيع ولان قضية المعاوضة المساواة فاذا بقى العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولاء وغيره جاز ان يبقى بعد موت العبد لحاجته الى الحرية ليتوصل الى حرية أولاده ولو مات عاجزا انفسخ الكتابة ولو قذفه انسان بعد الاداء يلزمه الحد وقبل الاداء لا يلزمه الحد لان العتق ثبت مستندا الى آخر جزء من أجزاء حياته فلا يظهر الاستناد فى حق هذا الحكم قال رحمه الله ﴿وتؤدى كتابته من ماله﴾ يعنى يؤدى من خلفه فيكون أداء الخليفة كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل والاستناد يكون فى الأحكام الشرعية قلنا نعم لكن فعل الثابت مضافا الى حسى الثبوت وهذه الاضافة شرعية ألا ترى ان من رمى صيدا فمات قبل أن يصيبه ثم أصابه صار مالكا له حتى يورث عنه والمالك ليس باهل لكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة اليه وهو ليس أهلا له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هنا وفى الاصل اذا مات المكاتب عن وفاء وعليه ديون لاجنبى سوى بدل الكتابة وله مال يوفى وله وصايا يبدأ من تركته بدين الاجنبى ثم بدل الكتابة وتبطل وصاياه وما بقى يقسم بين ورثته وان لم يبق بعد قضاء الدين شئ يبدأ ببدل الكتابة ولا يبدأ بالدين وان لم يترك مالا الا دينا على الناس فاستسعى المولود فى الكتابة فعجز يرد فى الرق فاذا خرج الدين بعد ذلك فذلك للمولى اه قال رحمه الله ﴿وحكم بعتقه فى آخر حياته﴾ بان يقام الترك الموجود منه فى آخر حياته مقام التخلية بين المال والمولى وهو الاداء المستحق عليه وما بقى فهو لورثته قال فى نوادر بشر عن الثانى مات مكاتب عن وفاء وله أولاد من أمته فمات بعض قبل الاداء فادى ما عليه وبقى مال فهو ميراث ولا يرث الابن الميت وما تركه الابن الميت فهو لأمه واخوته ولو كان الولد معه فى عقد الكتابة ثم مات بعد أبيه ثم أديت الكتابة لم يرث أباه وفى نوادر ابن سماعة عن محمد مكاتب مات وترك ابنا ولد له فى الكتابة وترك ألفى درهم دينا على الناس فاكتسب الابن ألف درهم وأداها فى كتابة أبيه ثم خرج دين الاب وله أخ فان الالفين ميراث بينهما ولا يرجع الابن بما أدى فى الالفين وان لم يؤد الابن ذلك من ماله فله أن يؤدى ذلك من مال الاب وفى المنتقى مكاتب مات وله دين على الناس وله مولود ولد فى الكتابة يسعى فى الكتابة على نجومها وله ابنان حران أيضا ثم مات أحد الابنين الحرين ثم خرج مال المكاتب على الناس فأديت من ذلك بدل الكتابة فالفاضل بين الولد الحر والمولود فى الكتابة ويرث الابن الحر أخاه الذى مات بعد موت الاب والابن المولود فى الكتابة لا يرث من أخيه الذى مات بعد موت الاب وفى التاتارخانية مات الرجل عن مكاتبه وله ورثة ذكور واناث ثم مات المكاتب عن وفاء يؤدى من ذلك بدل الكتابة ويكون بين الورثة الذكور والاناث وما فضل بعد ذلك وليس للمكاتب وارث فهو للذكور من ورثة المولى دون الاناث وفى المحيط مات المكاتب عن وفاء يبدأ بالدين ثم ببدل الجناية ثم ببدل الكتابة ثم بمهر امرأة تزوجها بغير اذن مولاه ثم الباقى ميراث بين أولاده الذين عتقوا بعتقه والذين كانوا أحرارا قبله لان الديون متى اجتمعت يبدأ بالاقوى ودين المداينة أقوى من دين الجناية لانه عوض من كل وجه ودين الجناية عوض من وجه لان مبدله ليس بمال ولهذا الا يملك قبل القبض ودين الجناية أقوى من بدل الكتابة لانه لا يسقط بالعجز ودين الكتابة أقوى من دين المهر لانه وجب باذن السيد والمهر وجب بعقد محجور عليه وان مات عن وفاء دين المولى يبدأ بدين المولى ثم بالكتابة والباقى ميراث فان لم يوف بالدين والكتابة بدأ بالكتابة لانه اذا بدأ بها يموت حرا والولد المولود فى الكتابة والولد المكاتب معه كتابة واحدة سيأتى فى الارث لانهما يعتقان معه فى آخر جزء من أجزاء حياته فان كان الولد منفردا بالكتابة فادى بعد موت الاب بعد قضاء مكاتبة الاب أو قبله لم يرث لانه كان عبدا يوم مات الاب فلم يعتق بعتقه وانما عتق بعد موت أبيه كاتب عبدا مشتركا بغير اذن شريكه فمات العبد وترك كسبا فقد مات عاجزا عند الامام لان نصفه يصير مكاتبا فلا سبيل لواحد منهما على كسبه وعندهما كله مكاتب ويكون كل الكسب ملكا له فيؤدى من كسبه ويضمن المكاتب نصف قيمته لشريكه اه قال رحمه الله ﴿وان ترك ولدا ولد فى كتابته ولا وفاء سعى كابيه على نجومه فان أدى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته﴾ وظاهر اطلاق المتن أنه لا فرق بين ما اذا ولد فى كتابته من أمته أو أمة الغير وظاهر العلة تقييده بالاول لان الولد دخل فى كتابته وكسبه له فيخلفه فى الاداء وصار أداؤه كاداء أبيه فجعل كأنه ترك وفاء مع

الولد والظاهر من قوله يسعى ان الولد المولود فيها لابد أن يكون قادرا على السعى وليس كذلك قال فى الكافى لو كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت فى مدة الخيار وماتت وبقى الولد يبقى خياره وعقد الكتابة عند الامام والثانى وله ان يجيزها واذا أجاز يسعى الولد على نجوم الام واذا أدى عتقت الام فى آخر جزء من أجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان وعند الثالث تبطل الكتابة ولا يصح اجازة المولى وهو القياس وفى المحيط ولو ترك أم ولده معها ولد لا تباع واستسعت فى الكتابة على نجوم المكاتب وان لم يكن معها ولد باعها عند الامام لان حرية أم الولد لاجل الولد فاذا لم يكن ولد تباع وعندهما لا تباع وتؤدى بدل الكتابة بعد موت المكاتب كما لو كان معها ولد ولو حل على أولاده المولودين فى الكتابة نجم ولم يؤدوا و بعضهم غائب لم يرد الحاضر فى الرق حتى يرجع الغائب لان الفسخ على الحاضر فسخ على الغائب وقد تعذر فى حق الغائب فتعذر فى حق الحاضر أيضا وفى الولوالجية واذا مات المكاتب عن ولد مولود فى الكتابة وولد مشترى معها فعندهما يسعيان فى نجوم الام فما اتصل فى يد كل واحد منهما بعد موت الام فهو له خاصة وعند الامام المولود يسعى على نجوم الام ويؤدى بدل الكتابة وهو المطالب و يسعى الولد المشترى و يأخذ من كسبه ويؤجره بأمر القاضى وما فضل يكون ميراثا عن الام فيكون بينهما وفى الاصل الولد المولود فى الكتابة يسعى فى ديون الاب قال رحمه الله ﴿ولو ترك ولدا مشترى عجل البدل حالا أو رد رقيقا﴾ وظاهر اطلاق المتن أنه لافرق فى المشترى بين ان يكون ولد بعد الكتابة أو قبلها وسيأتى البيان وهذا عند الامام وعندهما يسعى على نجومه كالمولود فى الكتابة لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه كما يجوز اعتاق المكاتب بنفسه بخلاف سائر أكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه وللامام ان الاجل يثبت بالشرط فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت الكتابة والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا وقت الكتابة وأورد عليه انه قدم فى أول فصل المكاتب ان المكاتب اذا اشترى أباه أو ابنه دخل فى كتابته وأيضا لولم يسر حكمه اليه لما عتق عنده باداء بدل الكتابة حالا وأجيب ان المراد بدخول الولد المشترى فى كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذى جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتبا الولده باشترائه اياه تحقيقا للصلة و بان عتق الولد المشترى عنده باداء بدل الكتابة حالا ليس لأجل السراية أيضا بل لضرورة المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه فى الكافى حيث قال وكان ينبغى أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل وأعطى من ساعته صار كأنه مات عن وفاء بخلاف المولود فى الكتابة لانه من مائه بعد الكتابة قال رحمه الله ﴿وان اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه﴾ لانه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته فيتبعه ولده فى ذلك فيكونان حرين فظهر انه مات حر عن ولد حر وقد بيناه قال رحمه الله ﴿وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة﴾ لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق أحدهما فى وقت يعتق الآخر فى ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حر ومولود فى الكتابة ومكاتب معه بعقد واحد ووصيا ترثه أولاده لما ذكرناه و بينا و يملك الوصى بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير لان بيع العروض من باب الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير ولو مات الابن قبل أداء الكتابة لا يرثه لان ارثه ليس من حقوق كتابة أبيه فلا يظهر الاستيلاد فى حقه قال رحمه الله ﴿وان ترك ولدا من حرة ودينا فيه وفاء بكتابته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب﴾ لان القضاء بموجب الجناية على موالى الام لان المكاتب وان ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه الا عند أداء بدل الكتابة فكانت الجناية عليهم فاذا قضى به القاضى عليهم كان القضاء تقريرا للكتابة فتبقى الكتابة على حالها فاذا أدى بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر للابن ولاء فى جانب الاب فينجر اليه ولاؤه ولانه فرع ظهور العتق وكانوا مضطرين فيما عقلوا فلهم الرجوع بذلك على موالى الاب ولا يرجعون بذلك على ولى الجناية قال رحمه الله ﴿وان اختصم موالى الام وموالى الاب فى لائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز﴾ لانه اذا كانت الخصومة فى نفس الولاء بان مات الولد بعد موت الاب قبل خروج الدين وقضى بميراثه لمولى الام بطلت الكتابة لان القاضى يقضى بكون الولاء لمولى الام لان الخصومة وقعت فى الولاء ومن ضرورة القضاء فسخ الكتابة لان الولاء من جانب الام لا يثبت الا اذا تعذر اثباته من جانب الاب وانما يتعذر بفسخ الكتابة لانها لو كانت باقية يمكن ان يثبت من جانبه بالاداء ولو خرج الدين بعد ذلك يكون لمولى المكاتب ميراثا عن عبده لان صيانة القضاء عن الانتقاض واجب بالاجماع وفسخ الكتابة بعد موت المكاتب مختلف فيه فكان فسخ الكتابة أولى

من نقض القضاء لان القضاء بالفعل لاينفسخ وبالقضاء ظهر العجز مطلقا حتى لوظهر مال مقدار البدل وأخذه المولى لايكون بدلا عن الكتابة بخلاف ماقبل القضاء قال فى المحيط واذامات المكاتب عاجزا وترك ولدا حرا فظهر للمكاتب وديعة أديت منها كتابته ولا يتحول ولاء الولد الى مولى الاب لان المودع أقر بشيئين أقر بانه ملك المكاتب وأقر أن ولاءه تحول فاقراره على نفسه صحيح فيصدق فيه واقراره بتحول الولاء الى غيره لايصدق فيه ألاترى ان المولى لوأقر انه استوفى منه بدل الكتابة قبل موته لايصدق فى حق تحول الولاء الى موالى الاب فكذا هنا وأما اذامات لاعن وفاء ولاولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة قال الاسكافى تنفسخ حتى لوتطوع له انسان باداء بدل الكتابة عنه لاتقبل منه وقال أبو الليث لاتنفسخ مالم يقض القاضى بعجزه حتى لوتطوع انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته قال رحمه الله ﴿وماأدى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده﴾ لان الملك يتبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى واليه أشار النبى صلى الله عليه وسلم بقوله فى حق بريرة هى لها صدقة ولنا هدية حين أهدى اليها وكانت مكاتبة فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة مغلوب فى مقابلة ملك اليد حتى لوكان للمكاتب أن يمنع المولى من التصرف فى ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب من التصرف وبالعجز ينعكس الحال وليس هذا الاتبدل الملك للمولى ولئن كان فلا يسلم مثله بمنزلة تبدل العين فصار كالفقير يموت عن صدقة أخذها يطيب ذلك لوارثه الغنى لماذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير يطيب له ماأخذ من الزكاة وكذا ابن السبيل اذاوصل الى بلده وفى يده مال من الصدقة لان المحرم عليه ابتداء الأخذ لمافيه من الذل فلا يرخص من غير ضرورة ولوأباح الفقير للغنى أو الهاشمى عين ماأخذ من الزكاة لم يحل له لان الملك لم يتبدل ولك أن تقول المحرم ابتداء الأخذ الى آخره فعلى هذا لوأباح الفقير للغنى أو الهاشمى ينبغى أن يطيب له لانه لم يوجد منهما ابتداء الفعل المحرم المقترن بالاذلال قلنا ان لم يوجد منهما الأخذ من يد المتصدق وجد منهما الأخذ من يد الفقير فقد تحقق فى حقهما سبب الخبث ولك أن تقول ليس المحرم نفس الأخذ فقط بل نفس الأخذ المقرون بالاذلال فينبغى أن لايكون خبيثا ونظيره المشترى شراء فاسدا لايطيب بالاباحة ولوملكه يطيب ولوعجز المكاتب قبل الاداء الى المولى يطيب للمولى عند محمد لان المولى يملك مافى يده ملكا مبتدأ حتى تنتقض اجارته وعند أبى يوسف لايطيب له لانه اذاعجز لايملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ وانماله فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له ملك ولهذا لاينتقض اجارته بالعجز كمافى العبد المأذون اذاحجر عليه والصحيح انه يطيب له بالاجماع لماذكرنا ان المحرم ابتداء الأخذ ولم يوجد من المولى الأخذ اهـ قال رحمه الله ﴿وان جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها فعجز دفع أوفدى﴾ يعنى المولى بالخيار ان شاء دفع العبد وان شاء فداه بالارش لانه لو كاتبه وهو لايعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالمكاتبه من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير ان يصير مختارا للفداء فيجب عليه الأقل من قيمته ومن الارش كما اذا أعتقه أودبره أو استولد الأمة أو باعه بعدماجنى من غير علم بها الا ان المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولى الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع فيتخير بين الدفع والفداء على القاعدة اهـ قال رحمه الله (وكذا ان جنى مكاتب ولم يقض به فعجز﴾ حكمه كالاول لانه لما عجز صار قنا وجناية القن يخير فيها المولى بين الدفع والفداء على ماعرف وقبل ان يعجز يجب الأقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب ألا ترى ان جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن الأرش لما انه أحق بكسبهما ولوجنى جناية بعد الحكم عليه بالاولى فهى كالاولى واذا اجتمعت الجنايات فى وقت قبل القضاء لم يلزمه الاقيمة واحدة كذا فى المبسوط وفيه واذاجنى العبد المكاتب ثم عتق فهو على خياره وان عجز فالخيار للمولى وان كان العبد وامرأته مكاتبين كتابة واحدة فولدت فقتله المولى وقيمته أكثر من الكتابة فهو على المولى فى ثلاث سنين أوقتل المكاتب فالمال يجب فى ثلاث سنين وان كانت الكتابة قد حلت قال رحمه الله ﴿فان قضى به عليه فى كتابته فعجز فهو دين يباع فيه﴾ يعنى اذاقضى بموجب الجناية على المكاتب فى حال كتابته وهو الأقل من قيمته ومن الأرش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر تجب عليه قيمته ولايباع وهو قول أبى يوسف أولا لان المانع من الدفع وقت الجناية موجود وهو الكتابة فلا تتغير كجناية المدبر وأم الولد ولنا ان الاصل فى جناية العبد الدفع وانما يصار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال

عن الموجب الاصلى الا بالقضاء والصلح عن الرضا وبالموت عن الوفاء وهو نظير المغصوب اذا أبق لا يجب عليه القيمة الا بالقضاء حتى لو رجع قبل القضاء يكون لمولاه وان رجع بعد القضاء يكون للغاصب وكذا المبيع اذا أبق قبل القبض لا يبطل البيع الا بالقضاء وكذا اذا قتل لان القيمة تقوم مقامه بخلاف المدبر وأم الولد لانهما لا يقبلان الفسخ قال رحمه الله ﴿وان مات السيد لم تنفسخ الكتابة﴾ لانها حق العبد فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وأم الولد والدين وكالاجل فيه اذا مات الطالب ولان الكتابة لا تقبل الانتقال الى ملك الوارث فتبقى على حكم ملك المولى قال رحمه الله ﴿ويؤدى المال الى الورثة على نجومه﴾ لان النجوم حقه لانه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله الا من الثلث وقد ذكرناه والوارث ينوب مناب المورث ويقوم مقامه فيكون قبضه بمنزلة قبض المورث ويقع على ملكه ثم يصير الوارث قابضا عن نفسه فيملكه بالارث كما فى الدين وفى المحيط ولو أدى المكاتب بدل الكتابة الى الورثة دون الوصى وعلى الميت دين يحيط به أو لا يحيط به لا يعتق لان حق القبض للوصى لا للوارث لان الوارث وان ملك ما قبض اذا لم يكن الدين مستغرقا وللوصى والغرماء ان يقبض ملكهم بقدر الدين فلم يدفع الحق له لمن له حق القبض فلا يبرأ عن بدل الكتابة كما لو دفع الى أجنبى وان أدى الى الوصى عتق وان لم يكن فى التركة دين لانه قائم مقام الميت وان لم يكن على الميت دين ودفع الى الورثة وتقاسموا جاز لان لهم حق القبض وان أدى الى بعضهم لم يعتق ما لم يصل الى الكل بخلاف الدفع الى الوصى يوجب العتق وصل الى الورثة حقهم أم لا لانه ثابت عن الميت بالتفويض ولو أدى المكاتب الى الغرماء وعليه دين محيط جاز وعتق لانه دفع الحق الى من له حق القبض ولو أوصى المولى لانسان بما على المكاتب فدفع المكاتب اليه يعتق لانه دفع الحق الى مستحقه قال رحمه الله ﴿وان حرروه عتق مجانا﴾ يعنى لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لانهم لم يملكوه وجه الاستحسان ان يجعل ابراء عن بدل الكتابة لانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء واقرارا بالاستيفاء فلم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمته كما اذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة ويشترط أن يعتقوه فى مجلس واحد حتى اذا أعتقه بعضهم فى مجلس لم يعتق وقيل يعتق اذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الاول وهو رواية هشام عن محمد قال رحمه الله ﴿وان حرره بعض لم ينفذ عتقه﴾ يعنى لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شئ لانه لم يملكه ولا عتق فيما لم يملك ولا يملك ان يجعل ابراء واستيفاء لان ابراء البعض واستيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضى بطل المقتضى ولو قبض واحد نصيب الكل بغير أمرهم لا يعتق الا اذا أجازوا قبضه أو قبض ما أمرهم وفى المحيط لو وهب أحدهم للمكاتب نصيبه فى رقبته جاز ولا يعتق لانه لو أدى نصيبه لا يعتق فكذا اذا أبرأه عنه بالهبة فان عجز رد رقيقا فنصيب الواهب فى رقبته ثابت لانه عاد قنا بانفساخ الكتابة فصار كله ميراثا لهم من المولى ألا ترى انه اذا وهبه المولى بعض الكتابة ثم عجز صار كله رقيقا للمولى فكذا هنا والله تعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿كتاب الولاء﴾

أورد كتاب الولاء عقب المكاتب لان الولاء من آثار المكاتب لزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة وهو وان كان من آثار العتق الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت المكاتب الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لثلا يتقدم الاثر على المؤثر والكلام فيه من وجوه الاول فى اشتقاقه والثانى فى بيان دليله والثالث فى سببه والرابع فى معناه لغة والخامس فى معناه عند الفقهاء والسادس فى ركنه والسابع فى شرطه والثامن فى حكمه اما الاول فهو مشتق من الولاء وهو القرب وهو حصول الثانى عقيب الاول من غير فصل أو من الموالاة يقال ولى الشئ اذا حصل بعده من غير فصل وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة ودليله قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب وسببه الاعتاق لان المولى أنعم على عبده بالاعتاق قال الشارح والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه والاضافة دليل الاختصاص ولان من ورث قريبه عتق عليه وولاؤه له ولا اعتاق من جهته وأما معناه لغة فهو عبارة عن المعاونة والنصرة أو عبارة عن المواصلة والمصادقة وسمى الولى وليا لتناصره وتعاونه لحبيبه وصديقه وعند الفقهاء عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال فى المبسوط والمطلوب بكل منهما التناصر كذا فى النهاية وأورد عليه بان المذكور فى المبسوط

يدل

يدل على كون التناصر غيرهما الانفسهما اذلا يخفى على الفطن أن المطلوب بالشئ لايكون نفسه بل يكون أمرا مغايراله قال في العناية وهو في عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اهـ واماركنه فقوله أعتقته أوملك القريب أوعقدت الموالاة ويشترط كون المعتق أهلا للولاء وهو أن يكون أهلا للارث وهو كونه حرا مسلما وأولاده يكونون أهلا بالعصوبة لابالقرابة وحكمه أن يعقل الجناية حال حياة معتقه والارث منه بعد مماته قال رحمه الله ﴿الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب﴾ لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل لان الرقيق هالك حكما ألاترى انه لايثبت في حقه كثير من الاحكام التى تختص بالاحياء نحو القضاء والشهادة والملك في الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت أحكام الاحياء به كالاحياء بالايلاد فيرث به كما يرث الأب ولده ولهذا سمى ولاء نعمة لقوله تعالى واذ تقول للذى أنعم الله عليه بالهدى وأنعمت عليه بالاعتاق والمرأة في هذا كالرجل وقوله الولاء لمن أعتق صادق بما اذا اعتق في دار الاسلام أو في دار الحرب وخلى سبيله في دار الحرب أولم يخل وليس كذلك لانه اذا أعتق في دار الحرب وخلاه لم يكن له عليه ولاء حتى اذا خرجا الينا مسلمين لايرثه ولم يكن له عليه ولاء وعند أبى يوسف يرثه ويكون عليه الولاء فلو قال مسلما ولو رقيقا كافرا في دارنا لكان أحسن ولوأدى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور وقوله لمن أعتق يعنى ولو حكما فدخل العبد الموصى بعتقه وبشرائه وأعتقه الوصى بعد موته فولاؤه لعصبة المولى وكذا مدبروه وأمهات أولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له وفي شرح الطحاوى اذا أمر غيره باعتاق عبد فاعتق في حال حياته أو بعد وفاته يكون عن الآمر والولاء له ولو قال لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم فاعتق فالعتق يكون عن الآمر استحسانا والولاء له ولو قال أعتق عبدك عنى ولم يذكر البدل فاعتق عتق عن المأمور والولاء له في قولهما وفي قول أبى يوسف عن الآمر والولاء له ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم ولم يقل عنى فاعتق فانه يتوقف على قبول العبد فان قبل في المجلس الذى علم به لزمه المال والا فلا والولاء يورث اهـ وشمل قوله لمن أعتق الذمى لان الذمى أهل للولاء كالمسلم وفي المحيط حربى أعتق عبده فلا يخلو اما ان أعتقه في دار الحرب أو في دار الاسلام فان أعتقه في دار الحرب وكان العبد مسلما فولاؤه له لانه لايسترق وان كان كافرا فلا ولاء له عليه لان الولاء نتيجة العتق واعتاق الحربى عبده المسلم يصح بالاجماع وعبده الكافر لايصح عند الامام ومحمد اذا لم يخل سبيله وان خلى سبيله صح العتق لكنه لم يتم العتق في حق زوال الرق وان صح في حق ازالة الملك لان كون الحربى في داره سبب لرقه فاذا أعتق الحربى عبده الكافر في دار الاسلام صح عتقه وكل معتق جرى عليه الرق بعد العتق انتقض به ولاؤه حربى أعتق عبدا في دار الحرب ثم خرجا مسلمين للعبد أن يوالى من شاء لان العتق لم يصح مسلم مستأمن في دار الحرب وأسلم هناك أعتق عبدا اشتراه هناك ثم أسلم عبده لم يكن مولاه قياسا وله ان يوالى من شاء عندهما وقال أبو يوسف أجعله مولاه استحسانا حربى اشترى عبدا في دار الاسلام فاعتقه ثم رجع فاسترق فاشتراه العبد فأعتقه فولاء الاول للآخر وولاء الآخر للاول قال رحمه الله ﴿وشرط السائبة لغو﴾ يعنى لوأعتق المولى عبده وشرط ان لايرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في النسب اذا شرط أن لايرثه قال رحمه الله ﴿ولوأعتق حاملا من زوجها القن لاينتقل ولاء الحمل عن موالى الأم أبدا﴾ لأن الجنين عتق بعتق أمه وعتق أمه مقصود فكذا هو يعتق مقصودا لانه هو جزء الأم والمولى أوقع الاعتاق على جميع أجزائها وأوردان هذا مخالف لما ذكر في كتاب الاعتاق فانهم هناك قالوا وان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها فأوردوا انه يعتق تبعا لاقصدا وهذا مناف لما ذكروه هنا والاصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لأقل من ستة أشهر من وقت العتق وكذا اذا ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لاكثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لانا تيقنا ان الاول كان موجودا عند العتق فاذا تناول الاعتاق الأول تناول الآخر ضرورة وصار معتقا لهما والولاء لاينتقل من المعتق وقوله من زوجها القن مثال وكذا لو كان زوجها مكاتبا أو مدبرا وقوله من زوجها صادق بحال قيام النكاح أو بعده ومابعد النكاح لايتأتى فيه هذا التفصيل فكان عليه ان يقول ولوأعتق حاملا من زوجها القن حال قيامه وجاءت به لأقل من ستة أشهر قال رحمه الله ﴿فان ولدت بعد عتقها لا كثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الأم﴾ لان الولد جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية ألاترى انه يتبعها في الحرية وغيرها فكذا الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه وفي التتارخانية ولدت فقالت المرأة ولدت بعد عتقى بخمسة أشهر وولاؤه لموالى الام

وقال الزوج بعد عتقك بستة أشهر فولاؤه لموالى فالقول قول الزوج اه قال رحمه الله ﴿فان أعتق العبد﴾ وهو الاب ﴿جر ولاء ابنه لمواليه﴾ لان موالى الام لم يعتق الولد ههنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما انسب اليه تبعا للامام لتعذر نسبته الى الاب فاذا أعتق الاب أمكن نسبته اليه فجعله تبعا له أولى من جعله تبعا للام لان الولاء كالنسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب الى الآباء فكذا الولاء ينتقل الى موالى الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة يثبت نسبه من قوم الام فاذا أكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع وفى الكافى قلتم الولاء كالنسب والنسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء لا يقبل الفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما تقول فى الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه كالابن لا تبطل عصوبته ولكن يقدم عليه أو رد هل اذا قلتم لم ينفسخ ولكن قدم عليه لزم ان يرث مولى الام عند انقطاع مولى الاب بعد انتقال الولاء عن مواليها الى مواليه ولم يرو عن أحد أنهم يرثون بعد انتقال الولاء عنهم هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لا كثر من ستة أشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالى الاب لانه كان موجودا عند اعتاق الام فصادفه الاعتاق ضرورة فلا ينتقل الى موالى الاب وفى التتارخانية بخلاف ما اذا أعتق الام حال قيام النكاح ثم جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا و باقى المسئلة بحالها كان ولاء الولد لموالى الام وكذا اذا كانت عن طلاق رجعى وقد جاءت بالولد لستة أشهر كان ولاء هذا الولد لموالى الام وهذا الذى ذكرناه اذا لم تقر بانقضاء العدة فان أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر بعد الاقرار ولتمام السنتين منذ طلقها فان ولاء الولد لموالى الام وان جاءت به لا كثر من سنتين منذ طلقها فان ولاء الولد لمولى الاب وفى الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام لانهم عاقلة لامهم ولهم فان عتق الاب بعد ذلك جر ولاء الاولاد على نفسه ولا يرجعون على عاقلة الاب بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق ان النسب من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب وبالاكذاب تبين ان عقله كان على قوم الاب وقد أجبر قوم الام على الدفع فيرجعون عليهم وفى المولى حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما ثبت لقوم الاب مقصورا على زمان الاعتاق فلا يرجعون به قال أسلمت كافرة على يد رجل فاعتقت عبدا فارتدت ولحقت بدار الحرب فسبى أبوها فاشتراه رجل فاعتقه لم يجر ولاؤه ولاءها لانها بمنزلة الميت ولو لم ترتد والمسئلة بحالها فولاء المرأة لمعتق العبد رجل مسلم أعتق مسلما فرجعا عن الاسلام فامتنعوا فاسلم العبد دون المولى فولاء العبد لمولاه على حاله وان كان له عشرة من المسلمين فعقله عليهم وميراثه لهم وان لم يكن فميراثه لبيت المال وعقله عليه وقيل عقله على نفسه قال رحمه الله ﴿عجمى تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وان كان له ولاء الموالاة﴾ يعنى وان كان للاب ولاء الموالاة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حكم الاب حكم أبيه فى الوجهين وقوله عجمى مثال بالنسبة الى المولى وفى المحيط معتقة تزوجت برجل فلا يخلو من خمسة أوجه اما أن يكون عبدا أو مكاتبا أو معتقا أو مولى الموالاة أو عربيا أو عجميا فان كان عبدا أو مكاتبا فولاء ولدها لمولى الام لانه تعذر اثبات الولاء من الاب لفقد الاهلية وألحق ولاؤه بالام كنسب ولد الملاعنة وان أعتق الاب جر ولاء ولده الى مواليه لانه صار أهلا للولاء وزال المانع وان كان معتقا فولاء الولد لمولى الاب لانه استوى الجانبان وترجح جانب الابوة وان كان مولى الموالاة فولدت منه فهو مولى لموالى الام عندهما وقال أبو يوسف الولد مولى لموالى الاب لهما ان ولاء العتق أقوى من موالى الموالاة لان ولاء العتق لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ فرجح الآكد الاقوى على الاضعف وان كان أعجميا وهى مسئلة المتن قال ان كان العجمى له أب فى الاسلام فعند أبى يوسف ولاء الولد لموالى الاب واختلف المشايخ على قولهما قيل ولاؤه لموالى الاب عندهم جميعا وقيل لمولى الام وهو الاصح ولا يجر الجد الولاء اه قيد بكونها معتقة لان العجمى لو تزوج بعربية فولدت له ولدا فانه ينسب الى قوم أبيه دون أمه وقيدنا بكون الزوج عجميا فان العربى اذا تزوج معتقة فان ولده منها ينسب الى قومه دونها وقيد القدورى بمعتقة العرب وأطلق المصنف وهو الصواب لان ولاء العتق قوى معتبر شرعا فلا يختلف بين أن يكون من العرب أو من العجم ولو كانا معتقين أو عجميين أو عربيين فالولد تابع للاب بالاجماع وثمرة الخلاف على ماذكر المصنف تظهر فيما اذا مات الولد وترك عمته أو غيرها من ذوى الارحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبتها عندهما وعند أبى يوسف يكون

لذوى الارحام لان حكمه حكم أبيه وفى شرح الطحاوى امرأة من بنى همدان تزوجت برجل من بنى أسد فولدت منها فاعتقت عبدا فالولاء يثبت منها وولدها يكون تبعا للاب من بنى أسد فاذا مات ثم مات المعتق فيراثه لابن المعتقة وهو من بنى أسد وان جنى جناية تكون على عاقلتها من بنى همدان فالميراث لبنى أسد والعقل على بنى همدان و يجوز مثل هذا أن يكون الضمان على الغير والميراث للغير ألا ترى ان رجلين مثل الخال وابن العم فنفقته على الخال وميراثه لابن العم اهـ واذا علم ان العجمى الذى له أب فى الاسلام ولاؤه لموالى الام علم بطريق الاولى اذا لم يكن له أب بالاولى قال رحمه الله تعالى ﴿والمعتق مقدم على ذوى الارحام ومؤخر عن العصبة النسبية﴾ وكذا هو مقدم على الرد على ذوى السهام وهو آخر العصبات وهو قول على رضى الله عنه و به أخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود يقول بانه مؤخر عن ذوى الارحام بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله وقال عليه الصلاة والسلام للمعتق فى معتقه وان مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته ولنا ما روينا من حديث حمزة انه جعل لها النصف الباقى بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها فعلم بقوله عليه الصلاة والسلام ولم يدع وارثا يعنى وارثا هو عصبته وفى المحيط أقام مسلم بينة عادلة انه أعتقه وانه مات مسلما لاوارث له غيره فأقام الذمى شاهدين مسلمين انه أعتقه وانه مات كافرا لاوارث له غيره فللمسلم نصف الميراث ونصف الميراث لاقرب الناس من المسلمين الى الذمى لاستوائهما فى الحجة ولو شهدا ان الميت مولى فلان عتاقة لم يجز القضاء حتى يقولوا ان هذا الحى أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه لايعلم له وارثا غيره مات رجل وأخذ آخر ماله وادعى انه وارثه لم يؤخذ منه المال لان يده ثابتة على المال فان خاصمه انسان طلب منه البينة لانه يدعى استحقاق ما فى يده ادعى ان أباه أعتقه فشهد ابنا أخيه لم تقبل لانها شهادة للجد ادعى رجلان ولاءه بالعتق فاقاما البينة جعل الميراث بينهما لاستوائهما فى الحجة ولو قضى القاضى لاحدهما بالولاء والارث ثم شهد آخران لآخر بمثله لاتقبل الا أن يشهدا أنه اشتراه من الاول قبل أن يعتقه فيبطل القضاء للاول أقام أحدهما البينة على ولاء العتاقة والآخر على انه حر الاصل أسلم على يده ووالاه والغلام يدعيه فهو أولى ادعى رجل ان أباه أعتق فلانا الميت وآخر ان أباه أعتقه وأقرت بينة الميت به فالاقرار باطل والشهادة جائزة ولو شهد للآخر ابن و بنتان فالولاء بينهما ادعى آخر انه أعتق الميت وأقام البينة وأقام من فى يده المال البينة على مثل ذلك فالمال والولاء بينهما قال رحمه الله ﴿فان مات المولى ثم المعتق فيراثه لاقرب عصبة المولى﴾ لان الولاء يجر الارث وانما يثبت للعصبة بطريق الخلافة فيقدم الاقرب فالاقرب حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لانه أقرب فى العصبة وفى الاول خلاف أبى يوسف فانه يعطى الاب السدس والباقى للابن والثانى خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لانه من قوم أبيها لما روى ان على بن أبى طالب والزبير بن العوام اختصما الى عثمان فى معتق صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال على مولى عمتى فانا أحق بارثه لانى أعقل عنها وقال الزبير هو مولى أمى فانا أرثها فكذا أرث معتقها فقضى عثمان بالارث للزبير وبالعقل على على ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روى عن عمر وعلى وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبير أى لا كبر الاولاد والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا ولو مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شئ لبنت المعتق فى ظاهر الرواية عن أصحابنا و يوضع ماله فى بيت المال و بعض المشايخ كانوا يفتون بالدفع اليها لا بطريق الارث بل لانها أقرب الناس الى الميت وليس فى زماننا بيت مال منتظم ولو دفع الى السلطان أو القاضى لا يصرفه الى المستحق ظاهرا وكذا ما فضل عن فرض الزوجين يرد عليهما وكذا ولد الابن والبنت من الرضاع يصرف اليهما اذا لم يكن هناك أقرب منهما ذكر هذه المسائل فى النهاية والذميون يتوارثون كالمسلمين لانه أحد أسباب الارث وفى المحيط مات المعتق عن ابنين فمات أحدهما عن ابن والآخر عن ابنين ثم مات المعتق فالميراث على عدد رؤسهم لانهم سواء فى كونهم عصبة الميت ولو أعتقت المرأة ثم ماتت عن زوج عبد وابن و بنت ثم مات المعتق فيراثه لابن المعتقة لانه عصبتها لا غير أعتق أمه ومات عن ابن والابن عن أخ لامه ثم ماتت المعتقة فالميراث للعصبة ولا شئ للاخ لانه ليس بعصبة أخرى وفيه أيضا ارتد ولحق بدار الحرب وله معتق فمات المعتق ورثه الرجال من ورثته اهـ قال رحمه الله ﴿وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن﴾ لقوله صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن الحديث يعنى المرأة تساوى الرجل

فى ولاء العتاقة النسبية بسبب اثبات القوة الحكمية للمعتق وهى تساوى الرجل فيه كأنها تساويه فى ملك المال فينسب اليها كما ينسب الى الرجل ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل وفى الذخيرة ولوان امرأة اشترت أباها حتى عتق عليها ثم مات الاب عن هذه الابنة و بنت أخرى فالثلثان لهما بحكم الفرض والباقى للمشترية بحكم الولاء ولو كان الاب بعد ما عتق على بنتيه اعتق عبدا ثم مات الاب ثم مات معتق الاب وبقيت الابنة المشتراة كان الميراث للمشتراة ويرث ابن المعتق من ولد المعتق اهـ والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ قال فى الهداية فى ولاء الموالاة أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة أقوى لانه غير قابل للتحول والانتقال فى جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى ان ينتقل قبل العقد ولانه يوجد فى ولاء العتاقة الاحياء الحكمى ولا يوجد فى ولاء الموالاة الاحياء أصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه فى انه سبب للارث ولأنه مقدم على ذوى الأرحام والكلام فيه من وجوه الاول فى دليله والثانى فى ركنه والثالث فى تفسيره لغة وشرعا والرابع فى شرطه والخامس فى حكمه أما دليله فلقوله عليه الصلاة والسلام لمن سأله عمن أسلم على يد رجل فقال هو أحق الناس بمحياه ومماته أى بميراثه وحديث تميم الدارى ان رجلا أسلم على يد رجل ووالاه فقال عليه الصلاة والسلام هو أخوك ومولاك تعقل عنه وترث منه وامار كنه فقوله أنت مولاى على كذا وأما الولاء لغة فهو مشتق من الولى وهو القرب وحصول الثانى بعد الاول من غير فصل و يسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة وأما تفسيره شرعا على ماذكر فى الذخيرة وغيرها هو ان يسلم رجل على يد رجل فيقول للذى أسلم على يده واليتك على انى ان مت فميراثى لك وان جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر هذا قال فى العناية والنهاية واما شرطه فله ثلاث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى شخص بل ينسب الى غيره واما نسبة غيره اليه فغير مانعة والثانى أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء الموالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالث أن لا يكون عربيا اهـ وفى الكافى انما تصح ولاية الموالاة بشرائط منها أن يشترط الارث والعقل قال فى العناية فان قيل من شرط العقل عقل الاعلى أو حريته فان موالاة الصبى والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثة وأجيب بان المذكور انما هى الشرائط العامة المحتاج اليها فى كل واحد من الصور واما ماذكرت فانه نادر فلم يذكره وفى الشارح ولو ذكر الارث من الجانبين كان كذلك لانه يمكن أن يتوارثا بخلاف ولاء العتاقة بحيث لا يرث الا الاعلى ويدخل فيه الاولاد الصغار ومن يولد بعد عتق الموالاة وفى البدائع ومن شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين وحرية الاسفل أيضا اهـ وفى المبسوط واذا عقد العقد العبد عقد الموالاة باذن مولاه كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى اهـ وأما حكمه شرعا فالارث والعقل عنه واعترض بان الارث والعقل شرط لصحة العقد فكيف يكون حكما والشرط متقدم والحكم متأخر واجيب بانه يجوز أن يعتبر له حالتان فباعتبار التقديم شرطا و باعتبار التأخير حكما قال رحمه الله ﴿أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه صح وعقله على مولاه وارثه له وان لم يكن له وارث﴾ وقوله أسلم الى آخره ظاهره ان حدوث الاسلام لابد منه وان الاسلام أيضا لابد منه لانه موالاة مجهول الحال ولو لم يعلم حدوث اسلامه صحيحة ويصح موالاة الذمى للمسلم فلو قال غير عربى الى آخره لكان أولى ليشمل المسلم والذمى ومن أحدث الاسلام وغيره فان قلت قال فى المحيط ذمى من نصارى العرب ليس له أن يوالى غير قبيلته اهـ فهذا يدل على ان غير المجهول يصح معه عقد الموالاة قلنا لا يقبل ذلك لانه انما قال ذلك لان عقد الموالاة ثابت له مع قبيلته فاغناه عنها مع الغير ولو عقد مع قبيلته كان فيه تحصيل الحاصل وهو محال وقال مالك والشافعى لا اعتبار بهذا أصلا وقد بين الدليل من الجانبين فى المطولات واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل فى صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد اذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه و يعقل عنه وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وهذا يدل على ان اشتراط الارث والعقل ليس بشرط بل مجرد العقل كاف وأجيب بان عدم وقوع التصريح بذكرهما بناء على ظهورهما فضمن عقد الموالاة ذلك ولو لم يذكر وفى المحيط أسلمت ذمية فوالت رجلا ولها ولد صغير من ذمى لم يكن ولاء ولدها لمولاها فى قولهما وفى قياس قول الامام يكون له أسلم رجل على أن يكون ولاؤه لاول ولده لا يجوز لان عقد الموالاة لا يجوز تعليقه بالاخطار فلو قال ان واليتك ان فعلت كذا لم يصح وان كان لمن عقد عقد الموالاة ولد كبير فاذا أسلم ابنه الكبير على يد رجل ووالاه فولاؤه له لانه أولى بنفسه لانقطاع ولاية الاب وان أسلم ولم يوال أحدا فولاؤه موقوف بخلاف ولاء العتاقة فان الولد الكبير يتبع الاب فى ولاء العتاقة لان الكبير يستنصر من يوالى أباه رجل والى رجلا ثم ولد له من امرأته ولد فوالت رجلا فولاء الولد لمولى الاب واذا والى رجلا وابنه الكبير رجلا كان كل واحد لمولاه

ولا يجر بعضهم بعضا فان سبى ابنه وأعتق لم يجر ولاء أبيه فان سبى أبوه وأعتق جر ولاء الابن لان الابن ينسب الى الاب فكذا في الموالاة فان كان له ابن ابن والابن لم يسب لكن أسلم فوالاه رجل فسبى الجد فاعتق لم يجر الجد ولاءه الا أن يجر ولاء ابنه فينجر حتى لو كان الاسفل موالياحربيا والجد معتق لا يجر الا أن يسلم الاوسط فيجره الجد فينجر بجره أسلم الحربى ولم يوال أحدا ثم اعتق أبوه جر ولاءه ولو أسلم أبوه ووالى رجلا لم يجر والى ذمى مسلما أو ذميا جاز وهو مولاه لانه يجوز أن يكون للذمى على المسلم ولاء العتاقة فكذا ولاء الموالاة فان قلت قال في المحيط ذمى والى مسلما فمات لم يرثه لان الارث باعتبار التناصر والتناصر في غير القرب انما هو بالدين فهذا يفيد أن الموالاة لا تكون بين المسلم والذمى قلنا هي تكون بينهما لكن الارث انما يكون حيث لا مانع وحينئذ المانع هنا وهو اختلاف الدين وان أسلم على يد حربى ووالاه لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيما اذا أعتق الحربى عبده المسلم قيل يصح لانه يجوز أن يكون للحربى على المسلم ولاء العتاقة فكذا ولاء الموالاة وقيل لا يصح لانه عقد الموالاة مع الحربى للتناصر وقد نهينا عن ذلك بخلاف الذمى اهـ وفي المبسوط رجل اشترى من رجل عبدا ثم شهد ان البائع كان اعتقه فهو حر وولاؤه موقوف اذا جحد البائع ذلك فان صدقه البائع بعد ذلك ظهر أنه المولى وكذا ان صدقه الورثة بعد موته وفي التتارخانية رجل من أهل الذمة أعتق عبدا فنقض الذمى العهد ولحق بدار الحرب فاخذ واسترق فصار عبد الرجل وأراد معتقه ان يوالى رجلا لم يكن له ذلك لان مولى العتاقة لا يملك ان يوالى أحدا فان أعتق مولاه يوما من الدهر فانه يرثه وان جنى جناية عقل عن نفسه ولا يعقل عنه مولاه هكذا ذكر في عامة الروايات وفي بعضها قال يرثه ويعقل عنه واذا أقر الرجل بالولاء لآخر وصدقه يصير مولى له يعقل عنه ويرثه فان كان له أولاد كبار فكذبوا الاب فيما أقر وقالوا أبونا مولى لفلان آخر وصدقهم فلان في ذلك فهم مصدقون في حق أنفسهم وان قال أعتقنى فلان أو فلان وكل منهما يدعى انه المعتق لا يلزم العبد شئ وان أقر بعد ذلك لاحدهما بعينه أو لغيرهما يجوز اقراره على قولهما وعلى قول الامام لا يجوز اذا أقر الرجل انه مولى امرأة اعتقته فقالت المرأة لم أعتقك لكن أسلمت على يدى وواليتنى فهو مولاها فاذا أراد التحول عنها الى غيرها ففي قياس قول الامام ليس له ذلك وفي قولهما له ذلك أقر أن فلانا اعتقه وأنكر فلان وقال ما أعتقتك ولا أعرفك فأقر المقر لانسان آخر لا يصح اقراره عند الامام وعندهما يصح وفي المحيط ولا يجوز بيع ولاء الموالاة ولا ولاء العتق لانه ليس بمال قال رحمه الله ﴿وهو آخر ذوى الارحام﴾ اذا لم يكن له وارث غير ذوى الارحام فارثه له وفي المحيط ولو ادعى رجل ولاء الموالاة وأقام البينة وادعى آخر مثل ذلك وأقام البينة فالمتأخر أولى لانه يحتمل الفسخ بخلاف ولاء العتاقة اهـ قال رحمه الله ﴿وله أن يتحول منه الى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه﴾ لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة ولكل واحد منهما أن يفسخه بعلم الآخر فان كان الآخر غائبا لا يملك فسخه وان كان غير لازم لان العقد تم بهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يعرى عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فيأخذ الاعلى ميراثه فيكون مضمونا عليه أو يعقل الاسفل عبيدا على حسبان ان عقل عبيده على المولى الاعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ الا بمحضر من الآخر بخلاف ما اذا عقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الاول حتى يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمى فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة لان الموالاة كالنسب اذا ثبت من شخص ينافي كونه مع غيره فينفسخ ضرورة والمرأة في هذا كالرجل وقوله ما لم يعقل عنه لانه اذا عقل عنه ليس له أن يتحول الى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به لحصول المعقود به ولاتصال العصوبة ولان ولاية التحول قبل أن يعقل عنه باعتبار انه عقد تبرع فاذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده بعد ما تحمل الجناية عن أبيه وكذا ان عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول الى غيره لانهما كشخص واحد في حكم الولاء قال رحمه الله ﴿وليس للمعتق أن يوالى أحدا﴾ لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لانه لا ينقل لان الارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة ألا ترى أن شخصا لو مات وترك مولى عتقه ومولى موالاته كان المال للمعتق قال في المبسوط ولو مات الأعلى ثم مات الأسفل فانما يرثه المذكور من أولاد الأعلى دون الاناث على نحو ما بينا في ولاء العتاقة قال رحمه الله ﴿ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه﴾ يعنى ولدت ولدا لا يعرف له أب وكذا لو أقرت انها مولاة فلان ومعها ولد صغير لا يعرف له أب صح اقرارها على نفسها ويتبعها ولدها فيه وهذا عند الامام وقالا لا يتبعها ولدها فيه في الصورتين وقد تقدم بيان ذلك ﴿فروع﴾ عبد لحربى خرج مستأمنا في تجارة لمولاه فاسلم يبيعه الامام ويمسك ثمنه على مولاه وكذا لو أسلم العبد في دار الحرب

وخرج تاجر المولاه لانه لم يعتق عليه لما خرج باذن المولى وان خرج مراغما فهو حر ويوالى من شاء الا اذا عقل عنه بيت المال اه
والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الاكراه ﴾

أورد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لان فى كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذى هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذى هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها كذا فى عامة المواضع والكلام فيه فى مواضع الاول فى معناه لغة والثانى عند الفقهاء والثالث فى ركنه والرابع فى دليله والخامس فى شرطه والسادس فى حكمه فهو فى اللغة عبارة عن حمل انسان على شئ يكره يقال أكرهت فلانا اكراها أى حملته على أمر يكرهه وهو عند الفقهاء ماسيأتى وركنه اللفظ الذى يفيده ودليله من الكتاب قوله تعالى الا من اكره الآية ومن السنة ماورد أن صفوان الطائى كان نائما مع امرأته وأخذت المرأة سكينا وجلست على صدره وقالت لأذبحنك أو تطلقنى فناشدها بالله فأبت فطلقها ثلاثا فبلغ ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال لا اقالة فى الطلاق وشرطه سيأتى فى الكتاب وحكمه اذا حصل به اتلاف أن ينتقل الى المكره فيما لا يصلح أن يكون آلة للمكره ويجعل كأنه فعله بنفسه كما سيجىء والاكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل بما يخاف على نفسه أو عضوه فانه يعدم الرضا ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ هو القاصر وهو أن يكره بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فانه يعدم الرضا ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع من الاكراه لا يؤثر الا فى تصرف يحتاج فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار والاول يؤثر فى الكل فيضاف فعله الى المكره فيصير كأنه فعله والمكره آلة له فيكون فعله بنفسه من غير اكراه أحد وذلك مثل الاقوال والاكل لان الانسان لا يأكل بفم غيره ولا يتكلم بلسان غيره فلا يضاف الى غير المتكلم والاكل اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث انه اتلاف بصلاحيته آلة له فيه حتى اذا أكره على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره ويكون الولاء له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع اليه بقيمته ثم اعلم أن الاكراه لا ينافى أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب والدليل عليه أن أفعاله مترددة بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم تارة ويؤجر أخرى فيحرم عليه قتل النفس وقطع الطرق والزنا ويفترض عليه أن يمنع من ذلك ويثاب عليه ان امتنع ويباح له بالاكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له باجراء كلمة الكفر واتلاف مال الغير وافساد الصوم والجناية على الاحرام وهذا دليل على أنه مخاطب قال رحمه الله ﴿هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا﴾ زاد فى المبسوط أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الاهلية فى حق المكره أو يسقط عنه الخطاب وذكر فى الايضاح أن الاكراه فعل يوجد من المكره يحدث فى المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذى طلب منه وذكر فى الوافى أنه عبارة عن تهديد غيره على ماهدد بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضا وقوله فيزول به الرضا أعم مع كونه مع فساد اختياره أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعى الاكراه ثم ان الشائع فى عامة الكتب من الاصول والفروع هو أن الاكراه نوعان وذكر فخر الاسلام البزدوى فقال الاكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذى لا يلجئ وهو نوع آخر لا يعدم الرضا وهو ان يهدد بحبس أبيه أو ابنه وولده وهذا النوع الثالث أخرجه المؤلف وذكر شيخ الاسلام فى المبسوط أن القسم الثالث غير داخل فى هذا المعنى شرعا لعدم ترتب أحكام الاكراه عليه شرعا وذكر غيره أن القسم الثالث داخل فى معنى الاكراه لغة وأطلق فى الانسان فشمل الصبى والمجنون والمعتوه كذا فى قاضيخان وقال فيه أيضا ولو أكره الصبى أو المجنون أو المعتوه رجلا على قتل آخر فقتله فالدية على عاقلة الصبى والمجنون والمعتوه فى ثلاث سنين قال رحمه الله ﴿وشرطه قدرة المكره على تحقيق ماهدد به سلطانا كان أو لصا أو خوف المكره وقوع ماهدد به﴾ يعنى شرط الاكراه الذى هو فعل كما تقدم لان الاكراه اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء الاهلية ولا يتحقق ذلك الا من القادر عند خوف المكره لانه يصير به ملجأ وبدون ذلك لا يصير ملجأ ومار وى عن الامام أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فذلك محمول على ماشهد فى زمانه من أن القدرة والمنعة منحصرة فى السلطان وفى زمانهما كان لكل مفسد له قوة ومنعة لفساد الزمان فأفتيا على ماشهدا وبه يفتى لانه ليس فيه اختلاف يظهر فى حق الحجة

وفى

وفى المحيط وصفة المكره وهو أن يغلب على ظنه أنه يوقع ذلك به لولم يفعل ولو شك أنه لا يفعل ماتوعد به لم يكن مكرها لان غلبة الظن معتبرة عند فقد الادلة اهـ لا يقال الشرطية تنافى كون ذلك وصفا لانا نقول لامنافاة لان الشرطية باعتبار الحاصل من الفاعل والوصف باعتبار الفاعل وفى الخانية اذا غاب المكره عن بصر المكره يزول الاكراه ونفس الامر من السلطان من غير تهديد اكراه وعندهما ان كان المأمور يعلم أنه لولم يفعل ما أمر به يفعل فيه كذا كان اكراها وفى العتابية واذا أخذه واحد فى الطريق لا يقدر فيه على غوث يكون اكراها اهـ قال رحمه الله ﴿فلو اكره على بيع أو شراء أو اقرار أو اجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن يمضى البيع أو يفسخ﴾ ولما كان الاكراه تارة يقع فى حقوق العباد وأخرى فى حقوق الله تعالى وحق العبد مقدم لحاجة العبد اليه قدمه ولما كان الاكراه على نوعين ملجئ وغير ملجئ وكل منهما يفسد الرضى الذى هو شرط الصحة لهذه العقود ذكر ذلك القتل والضرب ولما كان لا فرق بين أن يكره على بيع هذا أو بيع ولم يعين جاء بالعبارة منكرة قيد بضرب شديد وحبس مديد لانه لو قال أضربك سوطا أو سوطين أو أحبسك يوما أو يومين فانه لا يكون اكراها قال فى المحيط الا اذا قال له لاضربنك على رأسك أو عينك أو مذاكرك فانه يكون اكراها لان مثل هذا اذا حصل فى هذه الاعضاء قد يفضى الى التلف وفى المحيط قال مشايخنا الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بضرب سوط أو حبس يوم فانه يكون اكراها وقد يكون فيه مايكون فى الحبس من الاكراه لما يجىء به من الاغتمام البين ومن الضرب ما يجد به الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لانه يختلف باختلاف أحوال الناس فنهم لا يتضرر الا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شئ كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضرب سوط أو بفرك أذنه لاسيما فى ملا من الناس أو بحضرة السلطان وفى الخانية ولو أكره على بيع جارية ولم يعين فباع من انسان كان فاسدا والاكراه بحبس الوالدين والاولاد لا يعد اكراها لانه ليس باكراه ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه وفى المحيط ولو أكره بحبس ابنه أو عبده على أن يبيع عبده أو يهبه ففعل فهو اكراه استحسانا وكذا فى الاقرار ووجهه أن الانسان يتضرر بحبس ابنه أو عبده ألا ترى أنه لا يؤثر حبس نفسه على حبس ولده فان قلت بهذا نفى الاول قلنا لافرق بين الوالدين والولد فى وجه الاستحسان وهو المعتمد كما لا فرق بينهما فى وجه القياس وقوله خير بين أن يمضى أو يفسخ تقديره واذا زال الاكراه الى آخره دفعا للضرر عن نفسه قال رحمه الله ﴿ويثبت به الملك عند القبض للفساد﴾ يعنى يثبت بالشراء الملك للمشترى لكونه كسائر البياعات الفاسدة وظاهر عبارة المصنف فساد البيع مطلقا والذى يظهر أن البيع انما يكون فاسدا اذا قال المكره تلفظت بالبيع طبق ما أراد فاذا قال أردت الاخبار به كاذبا أو قال أردت انشاء البيع فهو بيع صحيح لا خيار فيه ولا فساد أخذا من التفصيل فى حالة العتق وقال زفر لا يثبت به الملك لانه موقوف ولنا أن ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله مضافا الى محله فيكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير جاز تصرفه وانما لا تفسد بالاجارة لان المفسد يرتفع بها وهو عدم الرضا فصار كسائر البياعات لفساده وفى المحيط لو أكره على البيع بألف فباع بخمسمائة لم يجز وان باع بأكثر من الالف جاز لان فى الاول خالف مقصود المكره لأن مقصود المكره لحاق الضرر بالمكره والبيع بخمسمائة أضر به من البيع بألف فكان الاكراه على البيع بالف اكراها له على الاقل وفى الثانى خالف الى غير رأى المكره لانه اكتسب نفعا لنفسه ولو باع بدنانير قيمتها ألف لم يجز لان الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد فى التجارات عرضا ومقصودا ولو باعه بعرض أو بمكيل أو موزون باقل من قيمته جاز لانه غير جنس ما أكره عليه أو أكره على بيع جائز فباع فاسدا لم يجز فاذا هلك ان شاء ضمن المشترى أو المكره وعلى عكسه يكون رضا بالبيع والفرق أن المكره على البيع الفاسد متى باع جائزا فقد أتى بغير ما أكره عليه لان الجائز ضد الفاسد و يفيد من الاحكام مالا يفيده الفاسد والمكره على البيع الجائز متى باع فاسدا فقد أتى بما هو أنقص لان الفاسد أنقص من الجائز ولو أكره على البيع فوهب جاز لانه غير جنس ما أكره عليه اهـ قال رحمه الله تعالى ﴿وقبض الثمن طوعا اجازة كالتسليم طائعا﴾ لانهما دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما اذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة ولو سلم طائعا لان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق فى البيع يتعلق بنفس العقد فلا يكون الاكراه به اكراها على التسليم فيكون التسليم أو القبض عن اختيار دليل الاجازة وفى الهبة يجب الاستحقاق فالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الاكراه بها اكراها بالتسلم نظرا الى مقصود المكره ويعتبر ذلك فى أصل الوضع لان البيع وضع لافادة الملك فى الاصل

وان كان فى الاكراه لايفيد لكونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك قبل القبض باصل الوضع وتفيده بعدها سواء كانت صحيحة أو فاسدة فينصرف الاكراه فى كل واحد منهما الى ما يستحقه منه فى أصل وضعه وان قبض مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رد الثمن اذا كان قائما فى يده لفساد العقد وان كان هالكا لا يأخذ منه شيأ لان الثمن كان أمانة فى يد المكره لانه أخذه باذن المشترى لا على سبيل التمليك فلا يجب الضمان وفى المحيط ومن هو مكره من المتعاقدين أو مشروط له شرط فاسد فله أن ينقض العقد من غير رضا صاحبه ومن ليس بمكره ولا مشروط له شرط فاسد فليس له نقضه الا بالقضاء أو الرضا حتى لو أجاز الآخر العقد فنقض القاضى نفذ وألزم وان كان كلاهما مكرها أو مشروطا له شرطا فاسدا فلكل واحد منهما نقضه من غير قضاء ولا رضا لانه قبل القبض لا يفيد شيأ ولو باع المشترى المكره من آخر باعه الثانى من آخر حتى تداولته الايدى فله أن يفسخ العقود كلها وأى عقد جاز جازت العقود كلها الا أنه لما أجاز بعض العقود فقد زال الاكراه وصار طائعا راضيا فجاز العقد الاول فجازت العقود ويأخذ هو الثمن من المشترى الأول ولو لم يجز لكن ضمن فان ضمن الاول نفذ الكل بتضمينه وان ضمن غيره جازت البياعات التى بعده وبطل ما قبله والفرق بين الاجازة والتضمين ان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال بالاجازة وأما اذا ضمن لم يكن مسقطا حقه بخلاف ما اذا أجاز أحد بيوع الفضولى حيث لا يجوز الا الذى أجازه المالك ولا يجوز ما قبله وما بعده لان كل واحد منهم باع ملك غيره فلا يفيد الملك فعند الاجازة يملكه من أجيز شراؤه وتبطل البقية فان أعتق المشترى الثانى فللمكره أن يضمن أى الثلاث شاء لان كل واحد منهم أحدث سبب الضمان بازالة يده عن ملكه والمشتريان قبض كل واحد منهما اماله بغير اذنه وفى الخانية لو أعتق المشترى الآخر قبل اجازة البيع جاز العتق على الذى أعتقه فان أجاز البائع البيع الاول بعد ذلك لا يصح اجازته وفى الخانية لو أعتق المشترى الاخير أو كان له الخيار ان شاء ضمن المشترى الاول وان شاء ضمن غيره فان ضمن المشترى الاول جازت البياعات كلها وان ضمن غيرها يجوز كل بيع بعده ويبطل كل بيع كان قبله اه وفى قاضيخان ولو كان البائع مكرها والمشترى غير مكره فقال المشترى بعد القبض نقضت البيع لا يصح ولو قال قبل القبض صح نقضه ولو كان المشترى مكرها والبائع غير مكره فلكل واحد منهما النقض قبل القبض وبعد القبض يكون للمشترى دون البائع قال رحمه الله ﴿وان هلك المبيع فى يد المشترى وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع﴾ لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قيد بقوله والمشترى غير مكره قال قاضيخان ولو كان المشترى مكرها دون البائع فهلك المشترى عنده من غير تعد منه يهلك أمانة اه ولو قال ضمن بدله كان أولى لانه يشمل المثلى والقيمى قال رحمه الله ﴿وللمكره أن يضمن المكره﴾ لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يكن له آلة فى حق المتكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كأنه دفع مال البائع الى المشترى فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع المكره على المشترى بالقيمة لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشترى ثبت ملك المشترى فيه ولا يرجع على المكره لانه ملكه بالشراء والقبض غير انه توقف نفوذه على سقوط حق المكره من الفسخ فاذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة قال رحمه الله ﴿وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل وحل بقتل وقطع﴾ يعنى لو أكره على هذه الاشياء بما لا يخاف على نفسه أو عضوه كالضرب لا يسعه أن يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفى حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فاستثنى حالة الاضطرار لانه فيها مباح والاضطرار يحصل بالاكراه الملجئ وهو ان يخاف على نفسه أو عضوه ولا يحصل ذلك بالضرب بالسوط ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له ذلك أقول فى قوله يباح له ذلك اشكال قوى فان المباح ما استوى طرفاه فعله وتركه كما تقرر فى علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس أو على عضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به فى لب الاصول من كون ذلك فرضا فتأمل فلو قال بغير ما يخاف منه على تلف عضو أو نفسه لم يفترض والا افترض الى آخره لكان أولى وقدره بعضهم بادنى الحد وهو أربعون سوطا فان هدد به وسعه ان يقدم وان هدد بدونه لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير قلنا لا وجه للتعزير بالرأى وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يحمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بادنى منه فلا طريق سوى الرجوع الى رأى المبتلى فان غلب على ظنه ان تلف النفس أو العضو يحصل به وسعه والا فلا واذا قلنا لا يسعه شرب الخمر هل يحد أم لا قال فى المحيط واذا شرب الخمر لا يحد لان باغلاظ الاكراهين تثبت حقيقة اباحة الشرب حالة الضرورة وباخفهما تثبت شبهة الاباحة والشبهة كافية لدرء

الحدود

الحدود اه وفى المبسوط الاكراه على المعاصى أنواع نوع يرخص له فعله ويثاب على تركه وقسم حرام فعله مأثوم على اتيانه وقسم يباح فعله ويأثم على تركه الاول الاكراه على اجراء كلمة الكفر وشتم محمد صلى الله عليه وسلم أو على ترك الصلاة أو كل ماثبت بالكتاب الثانى كالو أكره بالقتل على أن يقتل مسلما أو يقطع عضوه أو يضرب به ضربا يخاف منه التلف أو يشتم مسلما أو يؤذيه أو على الزنا والثالث لو أكره على الخمر وما ذكر معه قال رحمه الله (وأثم بصبره) يعنى اذا أكره على ماتقدم بقتل وقطع فلم يفعل حتى قتله أو قطع عضوا منه أثم لان التناول فى هذه الحالة مباح واتلاف النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم الا انه اذا لم يعلم الاباحة فى هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء فلا يأثم كالجهل بالخطاب فى دار الحرب أو فى أول الاسلام فى حق من أسلم فيها وعن أبى يوسف لا يأثم مطلقا لانه رخصة اذا الحرمة قائمة فيكون أخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية قال فى العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ماأفضى الى الحرام حرام اه أقول والذى يظهر ان الاثم ليس على ترك المباح بل على ترك الفرض كما تقدم تقريره اه قال فى المحيط والاصل ان من ابتلى ببليتين يختار أهونهما وأيسرهما والمسائل على أربعة أوجه الاول لو أكره بقتل على أن يقطع يد نفسه فهو فى سعة من قطعها لان القطع أهون من القتل لان الظاهر ان القطع يقتصر ولا يسرى ولهذا يباح القطع عند الاكراه اذا خاف الهلاك على نفسه الثانى لو أكره على قتل نفسه لا يباح له الثالث لو أكره على القاء نفسه فى النار أو فى الماء أو من سطح ان كان لا يرجو الخلاص والنجاة من ذلك يباح له والا فلا وذكر ان الاحراق بالنار أشد من السيف والرابع على اكراهه بالقتل بالسياط على قتل نفسه بالسيف يباح له القتل بالسيف لان القتل بالسياط أشد من القتل بالسيف قال رحمه الله ﴿وعلى الكفر واتلاف مال المسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص﴾ يعنى لو أكره على كلمة الكفر واتلاف مال انسان بشئ يخاف على نفسه أو على أعضائه كالقتل وقطع الاطراف يرخص له اجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان ولحديث عمار بن ياسر حين ابتلى به انه عليه الصلاة والسلام قال له كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد أى عد الى الاطمأنينة ولان بهذا الاظهار لا يفوت حقيقة الايمان لان التلفظ فى هذه الحالة لا يدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به فرخص له احياء لنفسه وفى المحيط وغيره وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون قلبه مطمئنا ولم يخطر على باله شئ سوى ماأكره عليه والثانى أن يخطر بباله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب بان لم يكن كفر قط فيما مضى وقال أردت الخبر عما مضى كاذبا ولم أرد كفرا مستقبلا فهذا يكفر قضاء ولا يكفر ديانة الثالث أن يقول لم يخطر ببالى كفر فى الماضى وأردت الكفر مستقبلا فهذا يكفر قضاء وديانة اه وفى المحيط على هذا التفصيل انه اذا أكره على أن يصلى للصليب أو يسجد وفى الظهيرية لو أكره على أن يسجد للصليب فالمسئلة على ثلاثة أوجه الاول اذا خطر بباله أن يصلى لله تعالى لا للصليب وفى هذا الوجه لا يكفر فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله تعالى سواء كان مستقبل القبلة أو لم يكن مستقبلا الثانى أن يقول لم أصل لله تعالى وصليت للصليب وفى هذا يكفر فى القضاء وفيما بينه و بين الله تعالى الثالث أن يقول لم يخطر ببالى وصليت للصليب مكرها فى هذا لا يكفر فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله تعالى وفى الاصل لو أكره على شتم محمد صلى الله عليه وسلم فهى على ثلاثة أوجه الاول أن يقول لم يخطر ببالى شئ وشتم محمدا مكرها و فى هذا لا يكفر قضاء ولا ديانة الثانى أن يقول خطر ببالى رجل من النصارى يقال له محمد فشتمته ولم أشتم الرسول فهذا كالاول قال الكرخى أطلق محمد فى العبارة وحيث لم يقل من المسلمين لان شتم النصرانى دون المسلم فى الحرمة الثالث أن يقول خطر ببالى رجل من النصارى فيه فتركته وسميت الرسول و فى هذا يكفر قضاء وديانة اه قال رحمه الله ﴿ويثاب بالصبر﴾ أى يكون ماجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا صبر حتى صلب وسماه النبى صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال هو رفيقى فى الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين كان شهيدا ولا يقال الكفر مستثنى فى حالة الاكراه فكيف يكون حراما فى تلك الحالة لانا نقول الاستثناء راجع الى العذاب لانه المذكور قبله دون الحرمة بخلاف الخمر واخواته فان المذكور فيه الحرمة فتنتفى فى تلك الحالة وهنا لا تنتفى فتبقى على حالها ولكن لو ترخص جاز واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله بعد ايمانه فينبغى

أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بان فى الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما دفع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفى الغضب وهو حكم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة فلم تثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا فى النهاية وعزاه الى المبسوط شيخ الاسلام اه قال رحمه الله ﴿وللمالك أن يضمن المكره﴾ لانه هو المتلف لماله والمكره آلة له فيما يصلح آلة قال رحمه الله ﴿وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص﴾ يعنى لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل لاحياء نفسه لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه سواء فى ذلك فسقط المكره ولان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه وأطلق فى قوله غيره فشمل الحر والعبد وعبده وعبد غيره وفى المحيط لو أكره بقتله ان يقتل عبده أو يقطع يده لم يسعه ذلك فان قتل يأثم ويقتل المكره فى القتل ويضمن نصف قيمته لان دمه حرام باصل الفطرة ولو أكره بقتل على ان يقتل اباه أو ابنه فقتله لم يحرمه عن الميراث ولو كان المكره أبا المقتول أو ابنه يحرم عن الميراث لان المباشر للقتل هو المكره ولو أكره بقتل على ان يضرب رجلا بحديدة فضرب به وثنى بغيرا كراه فمات قتلا جميعا لان احدى الضربتين بغير اكراه فصارت منقولة اليه والاخرى منقولة الى المكره ولو كانت احدى الضربتين بعصاة غرم عاقلة كل واحد منهما نصف الدية فى ثلاث سنين وان كان الاكراه بحبس أو قيد فالضمان على الضارب قودا كان أو دية لان الاكراه بالحبس لا يعتبر اكراها فى حق هذه الاحكام وفيه أيضا ولو أكره بقتل على ان يأمر رجلا بقتل عبده فقتله عمدا يقتل القاتل لان الاذن بالقتل لم يصح مع الاكراه ولانه قول لا يؤثر فيه عدم الرضا فيكون التلف مضافا الى القتل دون الاذن بخلاف المامور بالعتق حيث لا يضمن لان المأمور لا يملك الاعتاق الا بالاذن فصار المعتق متلفا بسبب الاذن فيصير التلف محالا الى الاذن ولو أكره المولى بحبس أو قتل فقتله يضمن قيمته استحسانا ويقتص القاتل قياسا وجه الاستحسان ان الاذن اذا فسد بالاكراه لفوات الرضا معتبر من وجه وفعل المأذون كفعل الآذن فاورث شبهة فلم يجب القصاص فاوجبنا الدية صونا للدم عن الهدر ولو أكره المولى بقتل على بيع عبده وتسليمه والمشترى بالقتل على الشراء والقبض ثم أكره المشترى على قتله بقتل فللمولى ان يقتل المكره قياسا لان المشترى مكره على القتل فصار فعله منقولا الى المكره ويضمن قيمته استحسانا لان العبد مملوك للمشترى وللبائع فيه حق الاسترداد فكان القصاص للبائع من وجه وللمشترى من وجه فكان المستحق للقصاص مجهولا فلا يكون لاحدهما حق استيفاء القصاص فاوجبنا القيمة على المكره فى ماله للبائع لان للبائع حق الاسترداد وقد أبطل المشترى هذا الحق عليه بالقتل بغير رضاه فلو أكره بحبس أو قيد على البيع والقبض والمشترى على الشراء بقتل ثم أكره المشترى على قتله بقتل فقتله يضمن قيمته لمولاه ثم يقتل المكره بالعبد قصاصا لان المشترى طائع فى القبض مكره فى الشراء فملك المشترى العبد بعقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة وقتله صار منقولا الى المكره فصار المكره قاتلا عبدا عمدا فيجب القصاص ولو أكره المشترى على الشراء بحبس وللبائع بقتل ثم أكره المشترى على القتل بقتل فقتله فالولى بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمة عبده وان شاء ضمن المشترى لانه طائع فى القبض وقد قتله المكره بقتل المشترى فيجب القصاص اه قوله بالقتل يشمل ما اذا صرح بذلك بان قال ان لم تقتل قتلتك أو دل الحال عليه بان غلب على ظنه قتله ولم يصرح له بذلك لما فى جامع الفتاوى لو قال له اقتل فلانا أو غلب على ظنه القتل فقتله هو اكراه فاذا قتله يقتص من المكره قال رحمه الله ﴿وان قتله اثم﴾ لان الحرمة باقية لما ذكرنا واثم بمباشرته لان الاثم يكون بذمته والمكره لا يصلح ان يكون آلة له فى حقه وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لان فيه قتل النفس بالضياع لانه يجىء منه ولد ليس له أب ولان فيه افساد الفراش بخلاف جانب المرأة حيث يرخص لها بالاكراه الملجئ لان نسب الولد لا ينقطع فلم يكن فى معنى القتل فى جانبها بخلاف الرجل ولهذا أوجب الاكراه القاصر درء الحد فى حقها دون الرجل قال رحمه الله ﴿ويقتص من المكره فقط﴾ وهذا قول الامام ومحمد وقال زفر يجب القصاص على المكره دون المكره لان القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لانه المباشر ولهذا يتعلق الاثم به ولان القتل فعل حسى وهو لا يجزئ فيه الاستناد لغير الفاعل وقال الشافعى يجب القصاص عليهما وقال أبو يوسف لا يجب القصاص على واحد منهما ولهما أنه محمول على القتل

بطبعه ايثار الحياة نفسه فيصير آلة لنفسه للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الاتلاف فيقتص منه بخلاف الاثم لانه باعتبار الجناية على دينه وهو لا يصلح أن يكون آلة له فيه فيأثم المكره قال فى النهاية سواء كان الآمر بالغا عاقلا أو معتوها أو مجنونا أو صبيا فالقود عليه وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ الاسلام علاء الدين عبد العزيز الى السهو ونقل عن أبى اليسر فى مبسوطه لو كان الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص لان الفاعل فى الحقيقة هو الصبى والمجنون وهو ليس باهل للعقوبة كذا فى الاكمل وفى المحيط لو أكره على ان يقتل رجلا أو يكفر بالله تعالى وسعه الكفر دون القتل لان الكفر يرخص فى حالة الاضطرار دون القتل فانه لا يرخص بحال ولو قتل ولم يكفر المكره دون القتل قياسا لانه قتل نفسا مختارا طائعا ويضمن الدية استحسانا فى ماله فى ثلاث سنين ان لم يكن عالما بان الكفر يسعه يقتل به وقيل لا يقتل به لان الدليل المورث للشبهة قائم وهو حرمة الكفر ولو أكره على ان يقتل أو يأكل الميتة أو يشرب الخمر فقيل يقتل القاتل دون المكره لان أكل الميتة وشرب الخمر يرخص حالة الاضطرار قال رحمه الله ﴿وعلى اعتاق وطلاق ففعل وقع﴾ يعنى لو أكره على اعتاق وطلاق فاعتق وطلق وقع العتق والطلاق لأن الاكراه لا ينافى الاهلية على ما بينا وعدم صحة بعض الاحكام كالبيع والأجارة والأقارير لمعنى راجع الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الاكراه لا يوجد الرضا فأما العتق والطلاق فلا يشترط فيهما الرضا فيقع ألا ترى ان العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع واخواته وفى المبسوط وكل تصرف يصح مع الهزل كالطلاق والعتاق والنكاح يصح مع الاكراه ولو أكره الرجل على الاكراه يصح فان كان المسمى مثل مهر المثل أو أقل جاز ولا يرجع على المكره بشئ لأنه عوضه مثل ما أخرج عنه وان كان المسمى أكثر من مهر المثل فالزيادة باطلة ويجب مقدار مهر المثل لانه فات الرضا فى الزيادة بالاكراه وان أكره المرأة على النكاح فلا شئ على المكره لانه أتلف عليه منفعة البضع ولا ضمان على متلف المنفعة ولانه عوض المهر فلا يعد ازالة واتلافا فان كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل جاز وان كان أقل فالزوج بالخيار ان شاء أتم لها مهر مثلها وان شاء فارقها ان لم يدخل بها ولا شئ عليه وان دخل بها وهى مكرهة فلها مهر مثلها وان دخل بها وهى طائعة فهو رضا منها بالمسمى الا أن يكون للولى حق تكميل مهر مثلها عند الامام خلافا لهما وان فارقها قبل الدخول لا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها وقيد بقوله على اعتاق لانه لو أكره على العتق من غير اعتاق كما لو أكره على شراء ذى رحم محرم منه فاشترى يعتق عليه كما سيأتى فانه لا يرجع بشئ وكذا لو أكره على شراء من حلف بعتقه وكذا لو أكره على شراء أمة ولدت منه بالنكاح فاشترى فعتقت عليه بشئ لانه عتق من غير اعتاق قال رحمه الله تعالى ﴿ورجع بقيمته﴾ يعنى يرجع المكره على المكره بقيمة العبد لأن الاتلاف منسوب اليه والمكره آلة له فيه فيرجع بقيمة العبد عليه موسرا كان أو معسرا لأن ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار بخلاف ضمان الاعتاق على ما تقدم ولا سعاية على العبد لأن السعاية انما تجب عليه للخروج للحرية كما فى معتق البعض أو لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر أو عتق المريض عبده وعليه دين ولم يخرج من الثلث ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه ضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وأطلق المؤلف فى الرجوع وهو مقيد بما اذا قال أردت بقولى عتقا مستقبلا كما طلب منى أو قال لم يخطر ببالى سوى الاتيان بمطلوبه أما لو قال خطر ببالى الاخبار فأخبرته فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة ولا يضمن المكره المكره شيأ لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعا فى الاقرار فلا يصدق فى دعواه الأخبار كاذبا فان قيل ينبغى ان لا يضمن المكره لأنه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف وأجيب بأن الولاء سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا ولكن لا يكون عوضا الا اذا كان العوض مالا كما اذا أكره على أكل طعام الغير فأكله فلا ضمان على المكره اذ عوضه ما هو فى حق حكم المال كما فى منافع البضع والولاء ليس بمال لأنه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهدى الولاء اذا رجعا لا يضمنان ورد هذا بما اذا أكره المولى على شراء ذى محرم رحم منه فعتق عليه فأن المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم كذا فى البدائع ولا يخفى أن الرحم صلة ليست بمال كالولاء أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لم يقل به أحد كما قالوا فى منافع البضع عند الدخول وفى المحيط ولو أكره على ان يعتق على أقل من قيمته على مائة وقيمته ألف والعبد غير مكره يقع بتمام قيمته ثم ان شاء ضمن المكره قيمته ثم يرجع هو على العبد بمائة السعاية لانه باداء الضمان قام مقام المولى وان شاء المولى ضمن المكره تسعمائة ثم يرجع بتسعمائة وأخذ من العبد مائة لان السيد طائع فى التزام المال والمكره يتلف عليه تسعمائة بغير

عوض فيأخذ منه ولو أكره على ان يعتق عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف ففعل فان شاء ضمن المكره قيمته للحال وهى ألف ويرجع المكره على العبد بالفين الى سنة ويتصدق بالفضل وان شاء اختار العتق وكان له ألفان الى سنة ولو أكره العبد على قبول العتق على مال لم يلزمه شئ ويضمن المكره لما بيناه عبد بين رجلين أكره أحدهما على عتقه فأعتقه جاز والولاء كله للمعتق عندهما فان كان المكره موسرا ضمن قيمته بينهما وان كان معسرا ضمن نصف قيمته للمكره ويسعى العبد للآخر فى نصف قيمته لان المكره فى حق المكره متلف وفى حق الساكت بمنزلة العتق وعند الامام يعتق نصيب المكره لاغير ولا ضمان على المكره للساكت وان كان موسرا فان اختار الساكت تضمين شريكه فالولاء كله له وان اختار الاعتاق أو السعاية فالولاء بين الشريكين ولو قتل عبد رجلا خطأ أو أكره على عتقه وهو يعلم بالجناية ضمن المكره قيمته ويأخذها المولى فيدفعها الى ولى الجناية لانه مضطر فى هذا الاعتاق ولو كان الاكراه بحبس أو قيد يضمن المولى الجناية دون الدية ولا يضمن المكره شيأ لان هذا الاكراه لا يعد اكراها فى حق اتلاف المال ويعتبر اكراها فى حق التزام المال ولو أكره على أن يعتق عبده عن رجل بالف درهم وقيمته ألف فأعتق وقبل المعتق عنه طائعا فان شاء ضمن المكره وان شاء ضمن المعتق عنه فلو ضمن الاول يرجع على المعتق عنه والولاء للمعتق وقال الكرخى ينبغى ان يقع العتق عن المعتق عنه لانه بمعنى البيع وبيع المكره قبل التسليم لا يفيد الملك وأجيب بان الاكراه ورد على العتق لا على البيع الذى فى ضمن طلب الاعتاق ولو ورد على البيع انما يرد ضمنا وتبعا والاكراه لا يؤثر فيما ثبت ضمنا وتبعا ويغتفر فى الضمنى ما لا يغتفر فى القصدى ولو أكره بحبس تجب القيمة على المعتق عنه دون المكره ولو أكره المعتق بالقتل والمعتق عنه بالحبس فالمعتق عنه غير مكره ولو كان الاكراه على عكس هذا ضمن المكره قيمته للمولى ولم يضمن المعتق عنه شيأ والولاء للمعتق عنه لان الاكراه بوعيد تلف صير الفاعل هو المكره والاعتاق وان وجد فى ملك المعتق فقد أتلف المكره بالاعتاق عليه حق الاسترداد بغير رضاه ولو أكره على ان يدبر عبده عنه بالف فدبر فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمته قنا ورجع المكره على قابل التدبير بقيمته مدبرا وان شاء ضمن القابل قيمته مدبرا ورجع على المكره بنقصان التدبير ولا يرجع المكره به على القابل ولو أكره على الاعتاق بحبس أو قيد لم يضمن المكره شيأ ويضمن القابل قيمته قنا لان هذا الاكراه غير معتبر فى حق اتلاف المال ولو أكره المولى بالقتل والقابل بالحبس ضمن القابل قيمته قنا ولا يرجع على المكره بشئ فان ضمن المكره رجع به على القابل ولو وهب المولى من المكره قيمته أو أبرأه منها كان للمكره ان يرجع على القابل بقيمته ولو أكره المولى بحبس والقابل بوعيد تلف فللمولى ان يضمن المكره ما نقص بالتدبير ويضمن القابل قيمته مدبرا لما عرف ولو أكره بقتل على أن يقبل من رجل عتق عبده على ألف وقيمته خمسمائة ورب العبد طائع ففعل كان الولاء للقابل ولا ضمان عليه ولا على المكره لان قبول العتق عنه بالف يتضمن شراء وقبضا واعتاقا والمشترى مكره فى جميع ذلك والمكره لا يضمن شيأ للمولى ولو أكره على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله لم يضمن عند الامام وعندهما يضمن لان عنده العتق يتجزى وعندهما لا يتجزى فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو أكره على أن يعتق كله فأعتق نصفه يضمن عندهما وعند الامام يسعى فى نصف قيمته ويضمن المكره نصف قيمته اهـ مختصرا يتأمل هذا مع ما تقدم فى البيع اذا أكره على بيع الكل فباع النصف كان مكرها حيث عللوا بان بيع النصف أشد ضررا من بيع الكل واعتاق الكل أشد ضررا من عتق النصف ويطلب الفرق قال رحمه الله ﴿ونصف المهر ان لم يطأ﴾ يعنى لو أكره على ان يطلق امرأته فطلقها قبل الوطء ضمن المكره نصف المهر لأن ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقريرا بالمال فيضاف تقريره الى المكره وكان متلفا له فيرجع به عليه أطلق فى الرجوع وهو مقيد بما اذا قال أردت به الانشاء فى الحال كالطلب منى أو قال أردت الاتيان بمطلوبه أما اذا قال أردت الاخبار كاذبا فيقع قضاء لا ديانة ولا يضمن المكره شيأ لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعا فى ذلك فلا يصدق قضاء ولا يضمن المكره لانه خالفه هذا اذا كان المهر مسمى وان لم يكن مسمى فيه فيرجع عليه بما لزمه من المتعة ولو أكره على انه يعتق عبده أو يطلق امرأته ففعل رجع بالأقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لان الضرر كان يندفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شئ لانه لم يتلف عليه شيأ ولو أكره على التوكيل بالطلاق أو العتاق فأوقع الوكيل وقع استحسانا والقياس ان لا يصح التوكيل لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع

وامثاله

وأمثاله وجه الاستحسان أن الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لانها من الاسقاطات ويرجع الموكل على المكره بما أتلف عليه ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه ولو أكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لانهما لا يحتملان الفسخ وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لان الرجعة استدامة النكاح فالحقت بالنكاح والايلاء يمين فالحق باليمين ولو بانت بمضي أربعة أشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له ان يرجع به على المكره لأنه كان متمكنا من الفيء في المدة وكذا الخلع لأنه طلاق ولو أكره على أن يجعل كل مملوك يملكه حرا في المستقبل ففعل ثم ملك مملوكا عتق عليه ولا ضمان على المكره لأن العتق حصل باعتبار صنع من جهته وان أكره على ان يعلق عتق عبده بفعل لا بد له منه نحو ان يقول ان صليت فعبدي حر أو أكلت أو شربت ثم فعل المكره هذه الاشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال وكان ملجأ ولو أكره على ان يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكره لانه أمره بالخروج عن حق لزمه ولو أكره على عتق عبد عن كفارة ففعل عتق وعلى المكره قيمته لانه لم يجب عليه أن يعتق عبدا معينا عن كفارة معينة فهو بالاكراه متعد عليه ولا يجزيه عن الكفارة لانه في معنى العتق بعوض ولو قال أنا أبرئه عن القيمة حتى يجزئ عن الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعد ذلك ابراء عن الدين وهو لا يتأدى به الكفارة ولو قال أعتقته حين أكرهني وأنا أريد به عن الكفارة ولو أعتقه باكراه أجزأه عن الكفارة وليس له ان يرجع بقيمة العبد على المكره ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحد في قول الامام أولا وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد اذا أكرهه السلطان وان أكرهه غيره يجب وقالا لا يجب عليه الحد في الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بيناه من قبل وفي موضع سقط الحد ووجب المهر سواء كانت مكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلان اذنها لغو لكونها محجورة عن ذلك شرعا قال رحمه الله ﴿وعلى الردة لم تبن امرأته﴾ يعني لو أكره على الردة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه لم يكفر به ولو قال عند قوله على الردة لم يرخص ولو فعل لم تبن به امرأته لكان أولى وأحرى ولان الكفر يتعلق بتبدل الاعتقاد ولم يتبدل اعتقاده حيث كان قلبه مطمئنا بالايمان حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكر كان القول قوله استحسانا والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوي الطائع والمكره كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان هذا اللفظ غير موضوع للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم التغير فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما اذا أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد منه أحد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ونظيره السكران فان اسلامه يصح ولا تصح ردته لعدم القصد هذا البيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فاذا لم يعتقد فليس بمؤمن وعدم ابانة الزوجية اذا قال لم يخطر ببالي شيء ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان ولو قال نويت الاخبار باطلا ولم أنو ما أمرت به بانت امرأته في الحكم لانه خالف المطالب منه باعتبار الظاهر فلا يصدق انه نوى ذلك في حق المرأة ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر على الباطل بانت امرأته ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة والاكراه على الصلاة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم في ابانة المرأة وعدمه على هذا التفصيل ولو قال خطر ببالي انه لو أكره العدو على كلمة الكفر لاجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر ٧ قال رحمه الله ﴿وحرمة طرف الانسان كحرمة نفسه﴾ حتى لو أكره على قطع يد انسان بقطع يده لا يرخص له ذلك فان فعل ذلك يأثم ويجب القصاص على المكره لو كان حرا ويضمن نصف القيمة لو كان رقيقا وهذا لا ينافيه ما نقله قاضيخان اذا قال لرجل اقطع يد هذا والا قتلتك وسعه ان يقطع واذا قطع كان على الآمر القصاص على قول الامام وفي التاتارخانية اذا قال ان لم تقطع يدك والا قطعتها لا يسعه ان يقطع يد نفسه اهـ فظهر بما نقلنا اذا كان أحدهما أغلظ من القطع وسعه وان كان قطع بقطع لا يسعه ولو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما اذا أكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لان الاطراف يسلك بها مسلك الأموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها اذا أصابتها أكلة ولو أكره على أن يلقي نفسه في النار أو على الالقاء من الجبل بالقتل وكان الالقاء بحيث لا ينجو ولكن فيه نوع تخفيف فله الخيار ان شاء فعل وان شاء

لم يفعل عند الامام فلو ألقى نفسه فى النار فاحترق فعلى المكره القصاص وعندهما لا يصبر ولا يفعل ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لأقتلنك بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبى حنيفة تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا أكره عليه وعند الثانى تجب الدية على المكره فى ماله وعند محمد يجب القصاص ولو قال لآخر اقتلنى فقتله تجب الدية فى ماله فى الصحيح ولو أكرهت المرأة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت المرأة ولم يرض الولى فللولى الفراق عند أبى حنيفة أو يتم مهر المثل وقالا ليس له ذلك لان المهر خالص حقها حتى تملك اسقاطه والله تعالى أعلم بالصواب

﴿باب الحجر﴾

أورد الحجر عقيب الاكراه لان فى كل واحد منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر والحجر فى اللغة المنع من قولك حجر عليه القاضى يحجر حجرا اذا منعه من التصرف فى ماله ولهذا سمى الحطيم حجرا لانه منع من البيت ومنه قوله تعالى هل فى ذلك قسم لذى حجر أى لذى العقل وفى الشرع عبارة عن منع مخصوص فى حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وهذه الثلاثة سبب الحجر وألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخر المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس ومن محاسن الحجر ان فيه شفقة على خلق الله وهى أحد طرفى الديانة والآخر التعظيم لامر الله وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفرق بينهم فى النهى فجعل بعضهم أولى النهى والرأى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وبعضهم مبتلى بأساليب الردى فيما يرجع الى المعاملات كالمجنون والمعتوه والرقيق والصغير وركب الله فى البشر العقل والهوى وركب فى الملائكة العقل دون الهوى وركب فى البهائم الهوى دون العقل فمن غلب عقله على هواه كان من أفضل الخلق ومن غلب هواه على عقله كان أردى من البهائم ودليله ماروى انه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ وقسم ماله لغرمائه ولان تصرفه لا يشمل توفير النظر والمصلحة فلذا يحجر عليه قال رحمه الله ﴿هو منع عن التصرف قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون﴾ يعنى يحجر عليه بهذه الاسباب المذكورة واعترض عليه بان هذه العبارة تفيد حصر المنع فى هذه الثلاثة لان ذكر الافراد يفيده وليس كذلك بل يحجر على المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس بالاتفاق والسفيه والمغفل والمديون على قولهما وعليه الفتوى كما فى البزازية فقوله فى دليل التعريف بصغر الى آخره تفسير زائد وتقييد فاسد فالتعريف فيه قصور من حيث تقييد المطلق وأصل التعريف لمطلق الحقيقة وهو لا يخلو اما ان أراد ان يعرف المنع المتفق عليه فعليه ان يسقط الزيادة أو يزيد ومجانة وجهل وافلاس ليكون سببا للمتفق عليه أو يقول بسبب يوجبه ولا يخفى ان الرق ليس سببا للحجر فى الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأى والعقل وانما حجر عليه لحق المولى قوله لا فعلا أراد فعلا لم يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات اما اذا كان الفعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات فهو محجور عليه فى حكم ذلك الذى يندرئ بالشبهات كالصبى والمجنون اذا زنى أو قتل فهو محجور عليه بالنسبة لحكم الزنا وهو الحد وبالنسبة لحكم القتل وهو القصاص كذا فى الجوهرة قوله قولا نكرة فى سياق الاثبات وهى تختص عندنا قالوا المراد بالاقوال هنا ما تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ويوجب الحجر من الاصل بالاعدام فى حكم قول تمحض ضررا كالطلاق والعتاق فى حق الصبى والمجنون دون العبد فان طلاقه يقع ولم يوجب الحجر فيما تمحض نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة قوله لا فعلا نكرة فى سياق النفى فيعم ما تقدم ذكره فان قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة فى الشرع والقصد ليس بشرط لاعتبارها شرعا كما صرحوا به فى مواضع لاسيما فى مباحث الهزل فى الاصول فكيف حكمت بانها عدم من الصبى والمجنون مع ان القصد ليس بشرط فى اعتبارها اذا صدرت مع تمام الاهلية وأجيب بان من ذكر له قصد ومايقصد وماذكر ليس له قصد معتبر فافترق الحال اه قال رحمه الله ﴿فلا يصح تصرف صبى وعبد بلا اذن ولى وسيد﴾ لان الصبى عديم العقل اذا كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو البلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا أذن له الولى فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة للولى فاذا أذن له بعد ذلك فيتصرف باهليته اذا كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فباهلية الولى وفى السراجية للصغير الذى لا يعقل البيع اذا باع أو اشترى فاجاز الولى لم يصح ولو أذن القاضى للصبى بالتصرف صح تصرفه قال رحمه الله ﴿ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال﴾ يعنى لا يجوز تصرفه بحال ولو أجازه الولى لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطى وان كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو فى حال افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته وفى رفع

التكليف

التكاليف عنه وهو الناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا وأحسن ماقيل فيه هو من كان قليل الفهم فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون قال رحمه الله ﴿ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي أو يفسخه﴾ يعني من عقد البيع والشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقله أي وهو يعقل أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار ان شاء أجازه وان شاء رده فان قيل هذا في البيع يستقيم وأما في الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قلنا انما ينفذ على المشتري اذا وجد نفاذا كشراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية أو لتضرر المولى فيتوقف الكل قال في العناية الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما لها شروط في اعتبارها شرعا القصد دون العقل أجيب بوجهين أحدهما الاقوال الموجودة حسا ليست عين مدلولها بل دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها هو عينها فبعد ماوجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة الثاني القول قد يقع صدقا وكذبا ويقع جدا وهزلا فلا بد من القصد بخلاف الفعل قال فان قيل قوله تصرف صبي وعبد الخ يفيدان عقدهما لا ينعقد وقوله ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي أو يفسخ يفيد أنه ينعقد موقوفا وبينهما منافاة فالجواب ان المراد بقوله لا يصح لا ينفذ وهو شائع في عبارة الفقهاء فان قيل كان يمكنه أن يقول ومن عقد منهما بلفظ التثنية دون الجمع يعني الصبي والعبد قلنا فهم من قوله المغلوب غير المغلوب الذي بمنزلة الصبي والعبد فلذا عبر بلفظ الجمع قال في العناية أراد الصبي والمجنون الذي هو يجن ويفيق فانه بمنزلة الصبي قال ابن فرشته الولي هو القاضي والولي الذي يلي التجارة في مال الصبي كالاب والجد والوصي ولا يجوز باذن العم والام والاخ اهـ واذا رفع الامر الى القاضي لا يخلو اما أن يكون الثمن قائما أو هالكا ولا يخلو اما أن يكون بيع رغبة أو غبينة واذا رد المبيع والثمن قائم في يده رده وان كان المحجور استهلك الثمن ينظر ان استهلكه في النفقة ومايجوز له فان القاضي يعطي الدافع مثله وان استهلكه فيما لا يحتاج اليه فان صرفه في وجوه الفساد يضمن المحجور مثله عند الثاني وعند محمد لا يضمن كذا في التتارخانية والظاهر ان الولي اذا علم بالبيع كالقاضي قال رحمه الله ﴿وان أتلفوا شيأ ضمنوا﴾ لانهم غير محجور عليهم في الافعال اذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في حقه فثبت عليه موجبه لتحقق السبب ووجود أهلية الوجوب وهي الذمة لان الانسان يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق الا انه لا يطالب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا أيسر وكالنائم لا يطالب بالاداء الا اذا استيقظ هكذا قاله الشارح فظاهره ان الوجوب يتأخر الى البلوغ والعتق وفي الحدادي يضمن كما يضمن الحر البالغ العاقل فظاهره انه يضمن في الحال ويؤيده ماقال في العناية جنين ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها يجب عليه الضمان في الحال اهـ فلو أن الصبي أو المجنون أو العبد استهلكوا مالا ضمنوا المال في الحال وفي التتارخانية اذا أودع صبيا أو عبدا مالا فاستهلكه لا يضمن الصبي ولا العبد في الحال على قول محمد وقال أبو يوسف يضمن الا ان العبد يؤاخذ بعد العتق والصبي يؤاخذ بعد زوال الحجر لانه لما أودعهم سلطهم عليه وفي الاول لم يسلطهم فيضمن في الحال الصبي في ماله والعبد يدفعه المولى أو يفديه قال رحمه الله ﴿ولا ينفذ اقرار الصبي والمجنون﴾ لان اعتبار الاقوال في الشرع منوط بالاهلية وهي معدومة فيهما حتى لو تعلق باقرارهما حكم شرعي كالحد لا يعتبر أيضا الا من حيث انه اتلاف فيجب الضمان لا يقال هذا علم من قوله قولا لانا نقول بطريق التضمين والتصريح أبلغ منه فلذا ذكره قال رحمه الله ﴿وينفذ اقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية﴾ لانه اقرار على غيره وهو المولى لما أنه ومافي يده ملكه واقرار الرجل على غيره لا يقبل فاذا اعتق زال المانع فتبع به لوجود سبب الاهلية وظاهر العبارة نفوذ الاقرار مطلقا سواء سكت بعد ذلك أو قال باطلا أو حقا ولذلك قال في المحيط ولو أقر باستهلاك وديعة ثم صلح فصار أهلا للاقرار فاقر انه استهلكها في حال فساده لم يضمن عند محمد بخلاف مالو أقر بقتل على هذا الوجه حيث يلزمه في ماله كالوشوهد ذلك منه والفرق ان استهلاك الوديعة لم يثبت بمعاينة وبالبينة لم يصدق عند محمد فكذا اذا ثبت بالاقرار والقتل لو صدر منه بالمعاينة وجبت الدية على العاقلة وكذا اذا ثبت بالاقرار يجب في ماله ولو أقر رجل بمال ثم صلح بان صار أهلا وقال أقررت بها باطلا لم يلزمه وان قال كان حقا يلزمه وان قال كان باطلا ولم يوجد منه اقرار بعد الصلاح فلا يلزمه وكذا الصبي المحجور عليه لو أقر انه استهلك مال انسان بغير اذنه ثم قال بعد البلوغ كان حقا أو باطلا ولو قال لرجل بعد الصلاح أقرضني في حال فسادي وقال الآخر لا بل في صلاحك واستهلكتها فالقول قول رب المال الا أن يقيم المحجور البينة على ذلك والفرق ان في الاول أقر ان الاستهلاك وجد

منه وادعى الاذن والتسليط وأنكر رب المال ذلك لما قال أقرضتك فيكون القول قول المحجور عليه وعلى رب المال البينة بخلاف الثانية قال رحمه الله ﴿ولو أقر بحد أو قود لزمه فى الحال﴾ لانه يبقى على أصل الحرية فى حقهما لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من جهة انه آدمى بل من جهة انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى بهما عليه لانه يبقى على أصل الحرية فى حقهما فان قيل قال صلى الله عليه وسلم لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق وشيأ نكرة فى سياق النهى فتعم فيقتضى ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا لما بقى على أصل الحرية فى حقهما يكون اقراره بهما اقرارا بالحرية لا بالعبدية ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضى أن يصح اقراره فينفذ أو يقال ان النص يحمل أنه روى على غير هذه الصورة دفعا للتعارض قال رحمه الله تعالى ﴿لا بسفه﴾ يعنى لا يحجر عليه بسبب السفه عند الامام وقال أبو يوسف ومحمد يحجر عليه للامام ما روى ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع فى البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة رواه البخارى ومسلم وفى رواية غيرهما قيل له احجر عليه ولانه عاقل كامل العقل ألا ترى أنه مطلق فلا يحجر عليه كالرشيد ولهما قوله تعالى فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا نص فى اثبات الولاية على السفيه وما روى انه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ فى الغياثية والمراد بالفساد هنا السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير واتلاف على خلاف مقتضى الشرع والعقل اهـ وفى الاصل والحجر بسبب الفساد والسفه فهو نوعان أحدهما الخفة فى العقل وكان سببه القلب لا يهتدى الى التصرفات فيحجر عليه القاضى على قولهما والثانى أن يكون سفيها مضيعا لماله اما فى الشر بان يجمع أهل الشر والفساد فى داره ويطعمهم ويسقيهم ويصرف فى النفقة ويفتح باب الجائزة والعطاء عليهم أو فى الخيرات بان أنفق جميع ماله فى بناء مسجد وأشباهه فيحجر القاضى عند صاحبيه صيانة لماله واتفقا على أن الحجر عليه بالدين لا يثبت الا بقضاء القاضى واختلفوا فى الحجر بسبب الفساد والسفه قال أبو يوسف لا يثبت الا بقضاء القاضى وعندهما يثبت بنفس السفه ولا يتوقف على قضاء القاضى قال فى المحيط القضاء بالحجر ليس بقضاء بل فتوى لعدم شرائط القضاء وهى الدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بان وهب السفيه ماله من انسان وسلم اليه وصار فقيرا تجب نفقته على محارمه فرفعوا أمرهم الى القاضى وأخبروه بانه يفنى ماله سفها وطلبوا منه الحجر عليه فالقاضى يحضر السفيه والموهوب له فادعى عليه من وجبت عليه النفقة ان ماله فى يد هذا الرجل فأمره برده عليه فقضى القاضى بالرد عليه يفسد قضاء اهـ وفى التهذيب واذا وجد شرط الدعوى وقضاء القاضى صار متفقا عليه فلا تنفذ تصرفاته بعد القضاء عندهما والامام أيضا اهـ وفى المنتقى لو حجر عليه قاض فرفع ذلك الى قاض آخر وأطلقه جاز اطلاقه لان الحجر من الاول فتوى لتقدم شرطه كما تقدم قال صاحب الهداية ولو قضى القاضى فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من امضاء قاض آخر حتى يلزم لان الاختلاف اذا وقع فى نفس القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه حتى يمضيه قاض آخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فانه بالقضاء الاول وجد شرطه فيكون مجمعا عليه اهـ قال الشارح وفيه نظر فان محمدا يقول بانه يصير محجورا بنفس السفه قبل قضاء القاضى وفى الاصل الحجر بسبب السفه يفارق الحجر بالدين من ثلاثة وجوه الاول ان الحجر على السفيه لمعنى فى ذاته أما الحجر بسبب الدين فلحق الغرماء الثانى المحجور عليه بسبب السفه اذا أعتق عبدا وجب عليه السعاية فاذا أدى لا يرجع به على المولى بعد زوال الحجر والمقضى عليه بالافلاس اذا أعتق عبدا مما فى يده وجبت عليه السعاية فاذا أدى يرجع بما أدى على المولى بعد زوال الحجر الثالث المحجور عليه بالدين يجوز اقراره بعد زوال الحجر وكذا حال قيام الحجر فيما يحدث من المال والمحجور عليه بالسفه لا يجوز اقراره لا فى حال الحجر ولا بعد زوال الحجر لا فى المال القائم ولا الحادث واذا صار السفيه مصلحا لماله هل يزول الحجر من غير قضاء القاضى فعند أبى يوسف لا يزول الا بالقضاء وعند محمد يزول من غير قضاء وفى نوادر هشام عن محمد السفيه المحجور اذا زوج ابنته الصغيرة أو أخاه الصغير لم يجز وفى البزازية والفتوى على قولهما قال رحمه الله ﴿فان بلغ غير رشيد لم يدفع له ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة معسرا﴾ وهذا عند الامام وعندهما لا يدفع اليه حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبدا لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم علق الدفع بوجود الرشد فلا يجوز قبله وللامام قوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم والمراد منه بعد البلوغ ولان حال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة وما روى عن ابن عمر أنه قال ينتهى لب الرجل اذا

بلغ خمسا وعشرين سنة وقد قال أهل الطبائع اذا بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده لانه بلغ سنا يتصور ان يصير فيه جدا لان أدنى ما يبلغ فيه الغلام اثنا عشر سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ اثنى عشر سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جدا والاية الثانية فيها تعليق الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا على ما عرف فى موضعه والتفريع لا يتأتى على قول الامام ويتأتى على قولهما واذا باع لا ينفذ بيعه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لانه مكلف عاقل وينفذ فيما يضره كالاعتاق والطلاق ولو باع قبل حجر القاضى عليه جاز عند أبى حنيفة لان السفيه ليس بمحبوس وانما يستدل عليه بالعيون فى تصرفاته وذلك يحتمل لانه يجوز أن يكون للسفيه ويجوز أن يكون حيلة عنه لاستجلاب قلوب المجاهدين فاذا تردد لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضى بخلاف الجنون والصغر والعته وعند محمد لا يجوز لان علة الحجر السفه وقد تحقق فى الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون والعته بخلاف الحجر بالدين لانه لحق الغير لانه من طالبهم ولو قضى قاض فى بيع سفيه بابطال أو اجازة ثم رفع ذلك الى قاض آخر لا يرى ما يراه الاول فينبغى أن يجيز القضاء الاول فاذا أبطله ورفع الى ثالث ابطل قضاء الثانى لان قضاء الاول قضاء فيما هو مختلف فيه فنفذ قضاؤه بالاجماع ويصير متفقا عليه والثانى قضاء بخلاف الاجماع فلا ينفذ ولو كان الاول قضى بالحجر عليه ثم رجع وقضى باطلاقه جاز قضاء الثانى لان قضاء الاول بالحجر كان أقوى واذا أجاز القاضى بيع المفسد ولم ينه المشترى عن دفع الثمن عليه يبرأ المشترى بالدفع اليه وان نهاه فدفع لم يبرأ ويدفع الثمن ثانيا واذا قال المشترى أجزت بيعه ونهاه المشترى عن الدفع اليه فدفع قبل العلم برئ وبعد العلم لا يبرأ كالوكيل اذا عزله الموكل بخلاف ما اذا أجاز بشرط أن لا يدفع له الثمن لانه لم يصر مأذونا بالدفع فاذا دفع لم يبرأ علم أو لم يعلم واذا أذن له القاضى أن يبيع ويشترى جاز بيعه وقبضه بخلاف الاب اذا أذن له لا يصح اذنه لانه بعد البلوغ انقطعت ولايته واذا باع بما لا يتغابن فيه لا يجوز لان المحاباة تبرع وبما يتغابن فيه يجوز فلو قال القاضى لاهل السوق أجيز ما يثبت منه بالبينة ولا أجيز ما يثبت منه بالاقرار يعمل بهذا التخصيص فى حقه ولو أذن للصبى على هذا الوجه يصير مأذونا فى الانواع كلها ولو أذن له فى البر تعدى الى سائر التجارات لان التخصيص انما يصلح اذا كان مفيدا وانما يكون مفيدا اذا كان يحصل به صيانة المال وبهذا التخصيص لا يحصل ولو قال لاهل السوق أذنت له ولا أجيز من بيعه وشرائه الا ما قامت عليه البينة ولا أجيز اقراره فهو كما قال فى الصبى والعبد المأذون له أجيز ما أقيمت عليه البينة ولا أجيز اقرارهما يلزمهما بالاقرار كالبينة والفرق ان المفسد فى التخصيص يفيد صيانة المال فكان التخصيص مفيدا وفى الصبى المصلح والعبد المصلح التخصيص غير مفيد لانهما حافظان لما لهما فلم يقدر محيط قال فى التتارخانية ويثبت حكمه فى النهى فى حقه بخبر واحد سواء كان عدلا أو غير عدل عندهما وعند الامام لا يثبت حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان اهـ واذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها فهو على هذا الخلاف واذا أعتق عبدا عتق عندهما وقال الشافعى لا يعتق لنا ان كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه وكل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر السفه فيه قال فى العناية وفيه بحث من أوجه الاول أن السفيه اذا حنث فى يمينه وأعتق رقبة لا ينفذه القاضى وكذا لو نذر بهدى أو غيره لم ينفذ فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثانى أن الهازل اذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور عليه بخلافه والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لان فى تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر اهـ واذا نفذ عندهما فعلى العبد ان يسعى فى قيمته عند محمد وهو الصحيح ولو جوز فى الظهار نفذ ويسعى العبد فى قيمته وهو قول أبى يوسف أولا وفى قول أبى يوسف الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو سعى يسعى لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لحق معتقه بحال ما وانما تلزمه السعاية لاجل الغير ولو دبر جاز تدبيره عنده الا أن المدبر لا تجب عليه السعاية ما دام المولى حيا فاذا مات المولى ولم يؤنس منه الرشد سعى فى قيمته مدبرا وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكانت الامة أم ولد له والولد حر لان فى الحاقه بالمصلح فى الاستيلاد توفيرا للنظر لاحتياجه اليه ويلحق هذا الحكم بالمريض المديون وتعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى ولا ولدها فى شئ بخلاف ما اذا أعتقها من غير ان يدعى الولد ولو لم يكن معها ولد فقال المحجور هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها فاذا مات المولى سعت فى كل قيمتها بمنزلة المريض اذا قال لامته هذه أم ولدى وليس معها ولد لانها اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد معها وان تزوج امرأة جاز النكاح لانه لا يؤثر

فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه فاذا سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل واذا طلقها قبل الدخول وجب نصف مقدار مهر المثل من المسمى وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة وطلقها وفى الاصل وللاب ووصيه ان يتصرف فى مال السفيه باذن القاضى وفى قاضيخان سئل أبو بكر البلخى عن محجور وقف عليه ضيعة فقال وقفه باطل الا أن يأذن له القاضى وقال أبو القاسم لا يجوز وقفه واذا أذن له القاضى اه قال فى المحيط امرأة مسرفة سفيهة طلقها زوجها على مال وقبلت وقع الطلاق رجعيا ولا يلزمها المال أصلا لان السفيه محجور عن المال واذا وقع بلفظ الخلع وقع بائنا وفى المنتقى واذا دفع الوصى الى الوارث حين أدرك وهو فاسد فهو جائز وهو برىء عن الضمان ويخرج الزكاة من مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده وعلى زوجته ومن تجب النفقة من ذوى أرحامه من ماله لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذوى الارحام واجب عليه حقا لقريبه والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى الا أن القاضى يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله وهو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته ويدفع القاضى معه أمينا كيلا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضى النفقة الى أمينه ليصرفها الى مستحقيها لانه لا يحتاج فيها الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين وفى المحيط ولا يصدق انه قريبه الا ببينة الا الوالد والولد والزوج والمولى وكذا المرأة فى سوى الولد لان نفقة الوالدين والمولودين تجب بالنسب وهو مصدق فيه ونفقة غيرهم تجب باعتبار القرابة والعسر والحاجة فلا يثبت الاقرار ولو حلف وحنث أو نذر نذرا من هدى أو صدقة أو ظاهر من امرأته يكفر عن يمينه وغيرها بالصوم واذا أراد حجة الاسلام لا يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع وفى الفرائض هو ملحق بالصالح اذ لا تهمة فيها وكذا العمرة واجبة بايجاب الله تعالى وان اصطاد فى احرامه أو حلق أو فعل ما يجب به الصوم صام ولم يدفع فيه مالا ولو رأى القاضى ان يأمر اذا ابتلى باذى حلق أو لبس ان يذبح أو يتصدق عنه فلا بأس بذلك ولا يفعله الامير بغير اذن القاضى وان تطيب فى احرامه أو فعل ما لا يجوز فيه الصوم فهذا لازم ولا يؤديه حتى يصلح لانه بمنزلة العبد عليه والعبد اذا أحرم باذن مولاه فارتكب شيأ من محظورات الاحرام فان كان جزاؤه بالصوم فانه يصوم وان كان بالمال يتأخر والكفارة فى ذمته لا تدفع الا ان يصلح ولو جامع بعد الوقوف قبل الطواف يلزمه بدنة ويتأخر الى ان يصلح ولو قضى حجة الا طواف الزيارة فرجع الى أهله ولم يطف طواف الصدر لا يمنع نفقة الرجوع للطواف وان طاف جنبا ثم رجع لم تدفع اليه نفقة العود وعليه بدنة بطوافه جنبا وشاة لطواف الصدر فاذا احصر فى حجة الاسلام بسبب أهدى ليتحلل به كالعبد المأذون لانه لا صنع له فيه ولو أحرم بحجة تطوع دفع اليه من النفقة مقدار ما لو كان فى منزله ويقال له ان شئت فاخرج ماشيا الا أن يكون القاضى وسع فى النفقة فقال انا أكرى بذلك الفضل وانفق على نفسى فلا يمنع من ذلك لانه ليس فيه اسراف واذا مرض يزاد فى نفقته لزيادة الحاجة ولو حصر فى حجة التطوع لا يبعث بهدى الا أن يبلغ موضع الضرورة ولا يمنع من القران ولا من المتعة أراد سوق هدى أولا لانه أخف فى النفقة ولا يسلم القاضى النفقة اليه بل يسلمها الى ثقة لينفقها عليه فى الطريق كيلا يبذر ويسرف فى النفقة وان أوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله يعنى اذا كان له وارث استحسانا والقياس أن لا تجوز وصيته كما لا تجوز تبرعاته وجه الاستحسان ان الحجر عليه لمعنى النظر له لكيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك فى حياته لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عنه هذا اذا كان الموصى به موافقا لوصايا أهل الخير ية والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو بناء المساجد والاوقاف والقناطر والجسور وأما اذا أوصى بغير القرب عندنا لا ينفذ قال محمد رحمه الله تعالى المحجور عليه بمنزلة الصبى الا فى أربعة أحدها ان تصرف الوصى فى مال الصبى جائز وفى مال المحجور عليه باطل الثانى اعتاق المحجور عليه وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ومن مال الصبى لا تجوز قال فى المحيط واذا دبر عبده صح ولا يسعى فى نقصان التدبير مادام حيا واذا مات يسعى فى قيمته مدبرا قال مشايخنا هذا اذا كان أهل الصلاح يعدون هذه الوصية اسرافا فان كانوا لا يعدونها اسرافا بل معهودا حسنا لا يسعى فى قيمته اذا كان يخرج من الثلث اه قال رحمه الله تعالى ﴿وفسق﴾ يعنى لا حجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله لا بسفه وقال الامام الشافعى يحجر عليه بالفسق كالسفه زجرا له وعقوبة له وعندهما الحجر على السفيه صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم لان رشدا نكرة فتعم فتتناوله الآية اذ الرشد المذكور

فى الآية المراد به الاصلاح فى المال لا الدين لان الكافر لا يحجر عليه والفسق الاصلى والطارئ سواء قال رحمه الله ﴿وغفلة﴾ يعنى لا يحجر على الغافل وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكن لا يهتدى الى التصرفات الرابحة وهذا قول الامام وقال أبو يوسف ومحمد والامام الشافعى يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرا له لان أهل منقذ طلبوا من النبى صلى الله عليه وسلم الحجر عليه فاقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم فدل على انه مشروع قلنا الحديث دليل للامام لانه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم لذلك وانما قال قل لا خلابة الحديث ولو كان مشروعا لاجابهم اليه قال رحمه الله ﴿ودين وان طلب غرماؤه﴾ يعنى لا يحجر عليه بسبب الدين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند الامام لان فى الحجر عليه اهدار أهليته والحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز وعندهما يجوز عليه بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى كذا فى قاضيخان من باب الحيطان وفى الكافى والكلام فى الحجر بالدين فى موضعين أحدهما أن يركبه دين مستغرق لماله أو يزيد على أمواله وطلب الغرماء من القاضى أن يحجر فيحجر عليه ويمنع من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء وفى النوادر مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس والافلاس عندهما يتحقق فى حال حياته فيمكن القاضى القضاء بالافلاس وفى العناية واذا قضى بالحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود فى الحال دون ما يحدث من الكسب أو غيره حتى لو تصرف فى الحادث نفذ واذا صح الحجر بسبب الدين صار حال هذا المحجور عليه كحال مريض عليه ديون الصحة وكل تصرف يؤدى الى ابطال حق الغرماء فالحجر يؤثر فيه وفى التتارخانية يشترط علم المحجور عليه حتى يصير محجورا عليه وفى النوادر واذا حبس الرجل فى الدين ينبغى للقاضى أن يشهد انه قد حجر عليه فى ماله حتى يقضى ديونه التى حبس فيها قال رحمه الله ﴿وحبس ليبيع ماله فى دينه﴾ لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراها على البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين باى طريق كان عند أبى حنيفة وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضى وباع ماله ان امتنع من بيعه وقسم ماله بين الغرماء ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالاقرار وبيعه باقل من قيمته لما روى أن معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ولان فى الحجر عليه نظرا للغرماء لئلا يلحقهم الضرر بالاقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من انسان عظيم القدر لا يمكن الانتزاع منه أو بالاقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولان البيع واجب عليه لايفاء دينه فاذا امتنع ناب القاضى منابه وان كان معسرا الايؤجره ليقضى من أجرته دينه أو كانت امرأة لا يزوجها ليقضى دينها من مهرها وتحبس لتقضى الدين من مهرها أو باى طريق كان والفتوى على قولهما اهـ قال رحمه الله ﴿ولو ماله دراهم ودينه دراهم قضى بلا أمره﴾ وكذا اذا كان كلاهما دنانير لان للدائن أن يأخذه بيده اذا ظفر بجنس حقه فكان القاضى معينا له قال رحمه الله ﴿ولو ماله دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع من دينه﴾ وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر وأما عند الامام فاستحسان به والقياس أن لا يجوز للقاضى بيعه لما ذكرنا ان هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض وجه الاستحسان انهما يتحدان جنسا فى الثمنية والمالية ولذا يضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة يختلفان فى الصور حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لا يجرى بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسكت عن الدائن فله الاخذ عملا بالشبهين قال رحمه الله ﴿ولم يبع عرضه وعقاره﴾ وهذا عند الامام وهو باطلاقه صادق بحال الحياة والموت قال فى الجوهرة ويبيع القاضى عرضه وعقاره بعد الموت بالاجماع وعندهما يبيع القاضى ذلك وعليه الفتوى كذا فى البزازية فعندهما يبدأ القاضى ببيع النقود لانها مفيدة للتقليب ولا ينتفع بعينها فان فضل شئ من الدين بيع العروض فيها لانها مفيدة للتقليب والاسترباح فان لم يف ثمنها بالدين بيع العقار لان العقار مفيد للقنى عادة فلا يبيعه الا عند الضرورة وهذه الطريقة احدى الروايتين عندهما وفى الرواية الاخرى عندهما يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم يبيع العقار ويترك عليه دست ثياب من ثياب بدنه ويبيع الباقى لانه به كفاية وقيل يترك دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد من ثياب يلبسها قالوا اذا كان للمديون ثياب يلبسها ويكتفى بدونها يبيع ثيابه ويقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزى بدون ذلك يبيع ذلك المسكن ويوفى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقى مسكنا يسكن فيه وعن هذا قال مشايخنا يبيع ما لا يحتاج اليه فى الحال حتى

يبيع اللبد فى الصيف والنطع فى الشتاء وان أقر فى حال حجره بمال لزمه ذلك بعد قضاء الدين بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيره حيث يزاحم صاحب المال المستهلك أرباب الديون لانه فعل حسى وهو مشاهد ولذا لو قلنا لو كان سبب وجوب الدين الذى أقر به ثانيا عند القاضى بعلمه أو بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حق الغرماء تعلق بالمال الموجود وقت الحجر دون الحادث وينفق على المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوى أرحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء وفى التتارخانية اذا غاب الزوج وطلبت زوجته من القاضى أن يبيع يبيع القاضى عندهما وفى الخانية ولو حجر القاضى على رجل وعليه ديون مختلفة فقضى المحجور دين البعض يشاركه الباقون فى ذلك ويقسم عليهم فان كان المحجور أسرف فى الطعام والكسوة أمره القاضى أن ينفق بالمعروف وفى الينابيع المحجور عليه اذا تزوج امرأة وزاد فى مهر مثلها جاز فى مهر مثلها لانه من الحوائج الاصلية وفى الذخيرة اذا باع القاضى مال المديون أو أمينه بالدين الذى ثبت عليه ببينة أو اقرار وضاع الثمن أو استحق العين المعينة فالعهدة على من باع لاجله لا على القاضى وأمينه اهـ قال رحمه الله ﴿وافلاس﴾ يعنى لا يحجر عليه بسبب الافلاس بل يحبس حتى يظهر له مال فان لم يظهر له مال أخرجه من الحبس وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره وبدين من يحبس والملازمة وصفتها فى كتاب القضاء واذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه عند أبى حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم فى القوة ولو قدم البعض على البعض فى القضاء جاز لانه تصرف فى خالص ملكه ولم يتعلق لاحد حق فى ماله وانما حقه فى ذمته فله أن يؤثر من يشاء من غرمائه ذكره فى النهاية وقال أبو يوسف ومحمد اذا أفلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا أن يقيموا البينة ان له مالا لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقد ثبت عسرته فوجب انتظاره وفى الهداية قال محمد للمدعى أن يحبسه فى بيته أو يتخذ حبسه وفى رواية أخرى لرب الدين أن يلزم مديونه المعسر حيث أحب وان كان الملزوم لا معيشة له الا من يده لم يكن له أن يمنعه من الذهاب والمجىء قال رحمه الله ﴿وان أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء﴾ يعنى لو اشترى متاعا فأفلس والمتاع فى يده فالذى باعه المتاع أسوة الغرماء فيه مراده بعد قبض المشترى المتاع باذن البائع وان كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا قبضه بغير اذن البائع كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن وقال الامام الشافعى للبائع فسخ العقد وأخذ متاعه قبل القبض وبعده لما أخرجه الامام مسلم عن أبى هريرة قال عليه الصلاة والسلام من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو عند انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره ولان المشترى قد عجز عن تسليم احدى بدلى العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما اذا عجز عن تسليم المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضى المساواة ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فاستحق النظر الى ميسرة بالآية فليس له المطالبة قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا لان الدين صار مؤجلا الى الميسرة بتأجيل الشارع وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضى الاجل فكيف يثبت ذلك فى تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما والجواب عن الحديث أنه قال من وجد ماله وهذا مال المشترى لا مال البائع وانما يصلح أن يكون حجة ان لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان باعه من الذى وجده فى يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من كل الغرماء وهو نظير ما روى عن سمرة أنه عليه الصلاة والسلام قال من سرق ماله أو ضاع له متاع فوجده فى يد رجل بعينه فهو أحق به ويرجع المشترى على بائعه بالثمن رواه الطحاوى وقوله وعقد معاوضة فيقتضى المساواة قلنا يقتضى التسوية بينهما فى الملك وهو لكل واحد منهما ولئن سلمنا انه يفيد التسوية فى القبض فقد بطل ذلك بالتأجيل الى الميسرة ولو قال ولو تسلم متاعا باذن بائعه الى آخره كان أولى ولافادة شرط التسليم والاذن فتأمل والله تعالى أعلم

﴿فصل فى حد البلوغ﴾ البلوغ فى اللغة الوصول وفى الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان النهاية بهذا الفصل قال رحمه الله ﴿بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال والا فحتى يتم له ثمانية عشر سنة﴾ الحلم بالضم ما يراه النائم أما الاحتلام فلما روى عن على بن أبى طالب قال حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام ولا   قوم الى الليل رواه أبو داود والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وأما السن فلما روى عن ابن عمر قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشرة سنة

هنا بياض بالاصل

فأجازنى فالظاهر أن عدم الاجازة لعدم البلوغ والاجازة للبلوغ وهذا قول أبى يوسف ومحمد وهو قول الامام الشافعى ورواية عن أبى حنيفة وعن الامام فى الغلام تسع عشرة سنة قيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم ثمانية عشرة سنة والا ويطعن فى التاسع عشرة وقيل فيه اختلاف الروايتين حقيقة لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة ولما كان الذكر أشرف قدم ما يتعلق به قال رحمه الله ﴿والجارية بالحيض والاحتلام والحبل والا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة﴾ أما الحيض فلأنه يكون فى أوان الحبل عادة فجعل ذلك علامة البلوغ وأما الحبل فلأنه دليل على الانزال لان الولد يخلق من ماء الرجل والمرأة غير أن النساء نشوهن وادراكهن أسرع فزدنا سنة فى حق الغلام لاشتمالها على الفصول الاربع التى منها ما يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه قال رحمه الله ﴿ويفتى بالبلوغ فيهما بخمسة عشرة سنة﴾ عند أبى يوسف ومحمد وهذا ظاهر لا يحتاج الى الشرح قال رحمه الله ﴿وأدنى المدة فى حقه اثنتا عشرة سنة وفى حقها تسع سنين﴾ يعنى لو ادعيا البلوغ فى هذه المدة تقبل منهما ولا تقبل فيما دون ذلك لأن الظاهر تكذيبه قال فى العناية ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتى عشرة سنة فاكثر وقد أشار اليه بقوله أدنى المدة وهذه المدة مذكورة فى النهاية وغيرها ولا تعرف الا سماعا أو بالتتبع قال رحمه الله ﴿فان راهقا وقالا قد بلغنا صدقا وأحكامهما أحكام البالغين﴾ يقال راهق من كذا أى دنا منه وصبى مراهق دنا من البلوغ لانه أمر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فى الحيض والله تعالى أعلم

﴿كتاب المأذون﴾

تأخير كتاب المأذون عقيب كتاب الحجر ظاهر لأن الاذن يقتضى سبق الحجر ولما ترتب وجودا ترتب أيضا ذكرا للتناسب والكلام هنا من وجوه الاول فى معناه لغة الثانى فى دليل المشروعية الثالث فى سببه الرابع فى ركنه الخامس فى شرطه السادس فى تفسيره السابع فى حكمه أما معناه لغة قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه الاذن هو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ الى شئ كان اه وفى النهاية أما اللغة فالاذن فى الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عليه من أذن له فى الشئ اذنا وأبعد الامام الزيلعى حيث قال والأذن فى اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام لان الاذن من أذن فى كذا اذا أباحه وأذان من أذن بكذا اذا أعلم وبينهما فرق وأما دليل المشروعية فهو قوله تعالى وابتغوا من فضله واذن الصبي والعبد فى التجارة ابتغاء من فضل الله وأما سبب المشروعية فهو الحاجة لان الانسان قد لا يتفرغ لذلك بنفسه لكثرة اشتغاله فيحتاج أن يستعين بالعبد والصغير وأما ركنه فقول المولى لعبده أذنت لك فى هذا وأما شرائطه ففى المحيط شرائط جوازه فولاية الاذن على المأذون حجرا واطلاقا منعا واسقاطا وكون المأذون عاقلا مميزا عالما عارفا بما يؤذن له وأن يعلم العبد بالاذن وفى السغناقى دخل فى قولنا من له ولاية الاذن فى التجارة المكاتب والمأذون والمضارب والشريك مفاوضة والاب والجد والقاضى والولى اه وأما حكمه قال فى غاية البيان فلك المأذون كل ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك وعزاه الى التحفة وأبعد صاحب النهاية والامام الزيلعى حيث قالا وأما حكمه فهو تفسيره الشرعى لأن حكم الشئ ما يثبت به ولا يذهب على ذى مسكة أن ما يثبت بالشئ ويصير أثرا مترتبا عليه لا يصلح أن يكون تفسيرا لذلك الشئ محمولا عليه بالمواطأة وأما تفسيره شرعا فهو ما أشار اليه قال رحمه الله ﴿هو فك الحجر واسقاط الحق﴾ لان العبد أهل للتصرف بعد الرق لأن ركن التصرف كلام معتبر شرعا من مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يعدمان بالرق لانهما من كرامات البشر الا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى لئلا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمة الرقيق فاذا أذن له المولى فقد أسقط حقه فكان متصرفا باهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة أطلق فى فك الحجر فشمل الكل والبعض وقال فى المبسوط واذا أذن أحد الشريكين لعبده فى التجارة جاز فى نصيبه خاصة وليس للشريك الآخر أن يبطل الاذن وما لحقه من دين التجارة فهو على نصيبه خاصة ولو لحقه دين التجارة وفى يده مال التجارة قضى من ذلك دينه والباقى بينهما نصفين لانه حصل من كسب العبد ولو وهب له أو اكتسب قبل الاذن أو تصدق عليه أو بعد الاذن فهو بينهما نصفين ولو اختلفا فى الكسب الذى فى يده فقال الآذن والعبد انه استفاده بالتجارة وقال الساكت انه استفاده بالهبة فالقول قول الآذن والعبد ويصرفه فى دينه استحسانا لأن العبد هو الكاسب وهو أعلم بحال كسبه ولو استهلك مالا كان عليهما اذا ثبت بالبينة أو بالمعاينة ويتعلق بجميع رقبته ولو أقر باستهلاكه كان على الآذن خاصة

ولو أذن رجل بنصف عبده كان مأذونا فى كله لان الاذن لا يتجزأ ولو أذن أحد الشريكين ثم اشترى نصيب الآخر فتصرف وهو لا يعلم فالدين كله فى النصف الاول ولو علم بتصرفه ففى جميع الرقبة ولو أذن لعبد لا يملكه ثم ملكه فانه لا يصير مأذونا ولو أخبر شريكه أهل السوق أنه لا يرضى باذن شريكه ثم رأى العبد يتصرف لم يصر مأذونا استحسانا قال أحدهما لشريكه ائذن لنصيبك فأذن له فهو مأذون كله لان الاذن مما لا يتجزأ فصار كأنه قال لصاحبه ائذن لجميع العبد قال فى الكفاية اسقاط الحق وهو حق المولى فى مالية الكسب والرقبة فانه ممتنع تعلق حق الغير بهما صونا لحق المولى وبالاذن أسقط حقه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع فلا ينافى كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع التعلق بالعبد وهو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع هو منع التصرف على أن تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى هو حق للمولى على أن تكون الاضافة بمعنى اللام و بيان الحق الذى هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقاله قطعا واما ثانيا فلانه ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن انه لا يسقط به أصلا فممنوع وان أراد بذلك انه لا يسقط به فى الجملة كما اذا لم يحط الدين بما فى يده ورقبته فسلم ذلك الا انه لا يجدى نفعا لانه ليس المراد بالاسقاط اسقاطا بالكلية بل المراد اسقاطه فى الجملة وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر لان المقصود بالذات فى كتاب المأذون بيان اذن العبد وأما بيان اذن الصبى فعلى سبيل التبعية و يجوز أن يكون مدار ماذكر فى تفسير المأذون فى الشرع على ما هو المقصود بالذات فى كتاب المأذون وهو اذن العبد ولقائل ان يقول ان أراد اسقاط الحق بجملته وفك الحجر برقبته فهو ممنوع ولو كان كذلك تصح هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا وان أراد أنه اسقاط وفك فى الجملة فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاط وفك فى جميع التصرفات حتى يكون ماذونا فى جميعها قيل المراد اسقاط وفك فى بعض معين من التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات فلو قال فك الحجر ومنع اسقاط فى نوع لكان أولى فتأمل قال رحمه الله ﴿فلا يتوقت ولا يتخصص﴾ يعنى لا يتوقت بزمان ولا مكان ولا يتخصص بنوع من أنواع التجارة عندنا لما ذكرنا من تفسيره وقال الامام الشافعى وزفر هو عبارة عن توكيل وانابة فينفذ عندهما و يتخصص وعندنا يتصرف باهلية نفسه وحق المولى قد أسقطه والساقط لا يعود كما اذا رضى المستأجر ان يؤجر عبده من شخص بعينه دون غيره والاسقاط لا يقبل التقييد دون غيره كالطلاق والعتاق ولو أسلم البائع المبيع الى المشترى قبل نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون غيره فانه لا يعتبر تقييده لانه اسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف اذن القاضى فانه بمنزلة الوكيل ذكره قاضيخان فى فتاواه كذا ذكره الشارح وفى المحيط يجوز الاذن للصبى العاقل فى التجارة من الاب والقاضى ولا يجوز تخصيصه بنوع دون نوع كالعبد لا يقال لو كان اسقاطا لما ملكه بهبة لانا نقول ليس باسقاط فى حق مالم يوجد فيكون النهى امتناعا فيما لم يوجد لا يقال هو ليس باهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلا لنفس التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فاذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعا كطلاق الصبى لانا نقول حكمه ملك اليد وهو أهل لذلك كالمكاتب قال فى العناية وصحح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت ثم قال فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور فى حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه وأجيب بوجهين أحدهما ان حكمه الشرعى هو تعريفه فكان الاستدلال عليه ليس باستدلال وانما هو تصحيح للنقل بما يدل على انه عندنا يعرف بذلك كما أشرنا اليه الثانى انه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا قال فى المحيط فيبيع من المولى ويشترى منه ويطالبه بايفاء الثمن على وجه لو امتنع يحبس ولو قال أذنت لك فى الخياطة أو الصباغة أو فى عمل آخر فهو مأذون فى جميع الاوقات مالم يحجر عليه ولو قال اتجر فى البر ولا تتجر فى البحر لا يصح نهيه ولقائل ان يقول ان أريد بقوله فلا تخصيص بنوع دون نوع انه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدى طائلا لان مانحن فيه صورة التقييد وان أريد انه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف وهذا يتوقف تمامه على أول المسئلة هو ان يكون الاذن فى نوع من التجارة اذنا فى جميعها فيؤدى الى المصادرة على المطلوب قال صاحب العناية ونوقض بالاذن فى النكاح رعاية الحجر واسقاط الحق واذا أذن له ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها وأجيب ان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولى والرق أخرج العبد من أهل الولاية فلان يجيزه المولى على النكاح مخصص بخلاف البيع والاذن على نوعين عام وخاص فالعام ان يقول لعبده أذنت لك فى التجارة أو قال اتجر ولو قال أد الى ألفا وأنت حر يصيره مأذونا فى التجارة وكذا لو قال اكتسب وأد ذلك وقوله أد الى ألفا وأنت حر بمنزلة ما اذا قال ان أديت

ألفافانت حر لان جواب الامر بالواو كالفاء بخلاف ماذا قال أدألفا أنت حر ولو أذن لعبده ولم يعلم العبد بالاذن ولا أحد من الناس فتصرف ثم علم لم يجز لعدم علمه ولو قال لقوم بايعوه فبايعوه ولم يعلم العبد بذلك فهو مأذون وذكر فى الزيادات لو قال لرجل بع عبدك هذا من ابنى الصغير فباعه منه وقبل الابن ان علم بامر الاب جاز وان لم يعلم لم يجز قبل الاذن على الروايتين والفرق بين الروايتين ان اذن الصبى توكيل وليس باذن فى التجارة لانه فوض اليه عقدا واحدا وبتفويض عقد واحد لا يثبت الاذن وفى مسئلة المأذون اذن لا توكيل لانه فوض اليه عقودا متكررة فيجوز ان يثبت الاذن ضمنا للامر بالمبايعة فى عقود متكررة بدون علمه وان لم يثبت مقصودا بخلاف العقد الواحد ولو لم يبايعه أحد منهم وبايعه من لم يأمره المولى لم يصر مأذونا لان الاذن انما يثبت فى ضمن أمره بالمبايعة ولو دفع له حمارا ليكريه و يبيع عليه صار مأذونا والاذن يصح تعليقه بالشرط واضافته الى الزمان كالطلاق والحجر والعزل لا يصح تعليقهما ولا اضافتهما كالنكاح واما الاذن الخاص فلا يكون به مأذونا كما لو أمره بشراء ثوب للكسوة أو لحم للاكل لان هذا استخدام فلا بد من فاصل بين الاستخدام والتجارة وهو ان الامر بعقد مرة بعد مرة استخدام والامر بعقود متعددة يعد تجارة لانه يدل على انه للربح ولما بين المؤلف الاذن الصريح شرع فى الاذن دلالة اهـ قال رحمه الله ﴿ويثبت بالسكوت بان رأى عبده يبيع ويشترى﴾ يثبت الاذن للعبد بسكوت المولى عندما يراه يبيع و يشترى ولم يتقدم قرينة بنفيه ولا فرق فى ذلك بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا كذا فى الهداية وغيرها وقال قاضيخان فى فتاواه ان رآه يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوى عن أصحابنا انه رضا و يبطل الرهن كذا نقله الامام الزيلعى وظاهر كلامه أنه فهم المخالفة بين كلام الهداية وقاضيخان وليس كذلك فقول قاضيخان لا يصير اذنا أى فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت و يصير اذنا فيما بعده و يدل عليه ذكر المرتهن قال فى البدائع والاذن بطريق الدلالة كما اذا رأى عبده يبيع و يشترى يصير مأذونا فى التجارة عندنا الا فى البيع الذى صادفه السكوت وقال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشترى الخمر أو الخنزير فسكت يصير مأذونا فى التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء فكذا هنا فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان على خلاف ما ذكره محمد فى الاصل وفى المحيط البرهانى قال محمد فى الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع و يشترى ولم ينهه عن ذلك يصير العبد مأذونا فى التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله يصير مأذونا فى التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى وفى قاضيخان اذن الصغير فى التجارة وأبوه يأبى صح اذن القاضى اذا رأى عبده يبيع و يشترى فسكت لم يكن اذنا اهـ فهم بعض أهل العصر ان سكوت القاضى اذا رأى عبده يبيع و يشترى لا يكون اذنا بخلاف سكوت المولى كما فهم الامام الزيلعى كما تقدم وليس كذلك بل المراد لا يكون اذنا فى الذى سكت عنده و يكون اذنا فى الذى بعده كما تقدم ولو أمره المولى ان يبيع متاع غيره يصير مأذونا ولو رأى عبده يشترى شيأ أو يبيع فى حانوته فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ولو رأى المولى عبده يشترى شيأ بدراهم المولى أو دنانيره فلم ينهه يصير اذنا فان كان هذا الثمن من مال المولى كان للمولى ان يرده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو أن رجلا أجنبيا دفع الى عبده مالا ليبيعه فباعه والمولى يراه ولم ينهه كان اذنا و يجوز ذلك البيع على صاحب المتاع واختلفوا فى عهدة البيع قيل ترجع الى الآمر وقيل الى العبد وفى المحيط وان لم يره المولى جاز البيع والعهدة على صاحب المتاع لان عهدة العبد المحجور متى توكل عن غيره تكون على الموكل ولو اشترى عبدا على انه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه فان لحقه دين فهو نقض للبيع والا فلا وان تم البيع فهو محجور عليه والفرق ان الاذن لا ينافى خيار البائع لان الاذن مع خيار البائع يجتمعان و يفترقان فمن باع عبدا مأذونا على أنه بالخيار بقى العبد مأذونا له فى مدة الخيار فلم يكن اذن البائع منافيا خياره فبقى خياره وأما الاذن مع خيار المشترى لا يجتمعان فان من اشترى مأذونا على أنه بالخيار بطل الاذن وان أذن المشترى بالخيار سقط خياره وان كان العبد اكتسب شيأ فهو للمشترى فان اكتسب بعد القبض طاب وقبل القبض يتصدق به قيل هذا قولهما وعند الامام الكسب للبائع اهـ وقال الامام الشافعى و زفر لا يثبت الاذن بسكوت المولى فيما ذكرنا لان السكوت يحتمل الرضا والرد فلا يثبت بالشك كما لو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه أو رأى القاضى الصبى والمعتوه ولم يكن لهما ولى أو عبدهما وكذا اذا رأى العبد يتزوج أو الامة تتزوج وكذا لو أتلف مال غيره وهو ينظر لم يكن ذلك اذنا قلنا هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه و يؤدبه فاذا سكت دل على رضاه به وصار اذنا له لاجل دفع الضرر فصار

كسكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه وكسكوت البكر والشفيع والمولى العديم عند ما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما اذا أكره لانا لو جعلناه اجازة حصل ضرر عظيم وبخلاف القاضي فانه لا حق له في مالهما فلا يكون سكوته اذنا فلا بد من التصريح قال في العناية فان قيل عين هذا التصرف الذي يراه يبيع فيه غير صحيح فكيف يصح غيره أجيب بان الضرر في التصرف الذي يراه يبيعه محقق بازالة ملكه عن بائعه في الحال فلا يثبت وفي غيره ليس محققا لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فصح فيه النهي قيدنا بقولنا ولم يتقدم قرينة تنفيه قال في المحيط لو قال لاهل السوق اذا رأيتم عبدي هذا يتجر فاني لا آذن له ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذونا له لانه متى أعلمهم بالنهي لم يصر مأذونا له بالسكوت اهـ ولو عبر بان قال بعد السكوت لكان أولى قال رحمه الله ﴿فان أذن له عاما الا بشراء شيء بعينه يبيع ويشتري﴾ وعبر بالفاء دون الواو لانها تفيد التفسير ولو قال فان أذن بعقود لا بعقد لكان أولى لانه يفيد الاذن العام والخاص والفارق بينهما ولانه علم من الاول ضمنا لانه اذا قال لعبده أذنت لك في التجارة يكون عاما لان التجارة اسم جنس محلى بالالف واللام فكان عاما فيتناول جميع الاعيان كما لو أعطى العبد ثوبا وأمره مولاه ببيعه كان اذنا لانه لا يمكن حمله على الاستخدام فاذا صار مأذونا له في جميع التجارات كان له ان يبيع ويشتري وان كان فيه غبن فاحش عند الامام وقالا لا يجوز بما لا يتغابن فيه لانه تبرع ولهذا لا يجوز من الاب والوصي والقاضي ولان المقصود من التجارة الاسترباح وهذه خاسرة وللامام ان هذه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن شيء له حكم ذلك الشيء بخلاف الاب والوصي والقاضي لان تصرفهم مقيد بالنظر ولان البيع بالغبن الفاحش من صنع التجارة لاستجلاب قلوب الناس ليربحوا في صفقة أخرى وعلى هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه المأذون لهما ولو مرض العبد المأذون له وحابى فيه يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين لان الاقتصار في الحر على الثلث لاجل الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضي بسقوط الاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه بخلاف غرمائه لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ محاباته في حقهم وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة والا فرد البيع كما في الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان كان مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرفات المولى بنفسه لان المولى باستدامة الاذن بعد ما رضي أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرف المولى والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء فلا ينفذ الكل الا من الثلث قال في المحيط ولو اشترى المأذون عبدا شراء فاسدا فاغل عبده كانت الغلة له ولا يتصدق بها ولو رده على بائعها رده مع الغلة ويتصدق البائع بها وقيل عند الامام لا يرد الغلة لان الاصل عنده يكون الكسب لمن كان له الملك في الاصل وعندهما الكسب متى حدث قبل تقرر الملك يدور النماء بدوران الاصل بخلاف تلك المسئلة لانه حين حدث الكسب في يد البائع لم يكن له حق الملك وهو حق الاسترداد حتى يسري الحق الى الكسب والفرق بين البائع والمأذون وان استفاد كل واحد منهما الكسب بملك خبيث أن العبد ليس من أهل الصدقة فلا يتصدق والبائع من أهلها فيتصدق اشترى من العبد بيعا فاسدا ثم باعه من مضارب العبد جاز ولم يكن فسخا للبيع الاول كما لو باع من أجنبي فلا يثبت النقض بالشك ولو باع جارية بعبد ودفع الجارية ولم يقبض العبد حتى حدث بها عيب فلا يخلو اما ان تعيب قبل هلاك العبد أو بعده وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان تعيب بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي اما اذا حدث بها عيب بآفة سماوية بان ذهبت عينها ثم هلك العبد فالمأذون بالخيار ان شاء قبض جاريته ولا يتبع بنقصانها وان شاء ضمنه قيمة جاريته يوم قبضها لان الجارية حين قبضت كانت مضمونة بالعبد لا بالقيمة لان النقصان حدث في ملك صحيح للمشتري والملك متى كان صحيحا كان مضمونا على القابض ضمان عقد وهو الثمن والاوصاف لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد لانه وجب على مشتري الجارية رد الجارية كما قبض سليمة عن العيب وكان عليه رد قيمتها يوم قبضها لانها دخلت في ضمانه يوم القبض ولو هلك العبد ثم ذهبت عينها فان أخذها ضمنه نصف قيمتها لان العبد لما هلك صارت الجارية مضمونة على مشتريها بالقيمة ولان النقصان انما حدث بعد فساد الملك فيها لان الملك قد فسد في الجارية بهلاك العبد والملك الفاسد مضمون على القابض بالقبض لا بالعقد والاوصاف تفرد بالقبض فتفرد بضمان القبض كما في الرهن والغصب وأما اذا تعيب بفعل المشتري بان قطع يدها أو فقأ عينها فهو كما لو تعيب بآفة سماوية في التضمين لان المشتري جنى على ملكه وجناية المالك على مملوكه هدر فلم يخلف بدلا فصار كأنه مات بآفة سماوية وان تعيبت بفعل أجنبي بأن قطع يدها أو وطئها بشبهة فاخذ ارشها وعقرها أو ولدت من غير سيدها فان كان قبل هلاك

العبد لم يكن للعبد الا قيمتها يوم العقد لانه لما هلك العبد فسد البيع فى الجارية فوجب على مشترى الجارية ردها للفساد وقد عجز عن ردها حكما لانه حدث بعد القبض زيادة منفصلة من الجارية فى ملك صحيح ومثل هذه الزيادة تمنع انفساخ الملك فى الاصل فاذا تعذر فسخ البيع فى الجارية صار المشترى عاجزا عن رده قيمتها وان كان بعد هلاك العبد أخذ الجارية وعقرها وولدها وارشها ان شاء من المشترى وان شاء من الجانى لان الزيادة المنفصلة لا تمنع انفساخ البيع فى ملك فاسد كما لو وقع البيع فى الجارية فاسدا فى الابتداء ثم حدث منها زيادة منفصلة كان للبائع حق الاسترداد فى الاصل فسرى ذلك الحق الى الزوائد ثم ان شاء ضمن المشترى لان النقصان لو حدث بآفة سماوية كان له تضمينه فاذا حدث بفعله أولى وان شاء ضمن الجانى لان الجانى صار جانيا على ملكه لاعادة الجارية الى قديم ملكه بالفسخ ولو حدث بها عيبان أحدهما قبل هلاك العبد والثانى بعد هلاكه فعلى هذا القياس لان العيبين لو حدثا قبل هلاك العبد يتخير المأذون حتى لو اختار أخذ الجارية لا يكون له ضمان النقصان ولو حدثا بعد هلاك العبد متى أخذ الجارية فله تضمين نقصان العيبين جميعا فاذا حدث أحدهما قبل هلاكه والآخر بعد هلاكه كان لكل واحد منهما حكم نفسه هذا كله اذا تعيبت الجارية فى يد مشتريها وأما اذا حدث فيها زيادة فلا يخلو اما ان كانت الزيادة منفصلة كالولد والارش أو كانت متصلة كالسمن والجمال فان كانت منفصلة فان ولدت قبل هلاك العبد ثم مات العبد ينظر ان كان الولد قائما ليس للمأذون أخذ الجارية لان الزيادة المنفصلة الحادثة بعد القبض فى ملك صحيح تمنع انفساخ العقد فى الاصل وان هلك الولد والارش كان للعبد ان يأخذ الجارية ولا يتبعه بنقصان الولادة والجناية ان شاء وان شاء ضمنه قيمتها لان المانع من انفساخ العقد قد ارتفع وهو الزيادة فصارت كأنها لم تكن والنقصان قائم لان الولادة فى بنات آدم سبب النقصان وأنه عيب على كل حال فله ان يضمنه قيمة الجارية ولو كان مكان الجارية شاة فنتجت فى يده قبل هلاك العبد لم يكن للعبد خيار و يأخذ الشاة لانه لا نقصان لان الولادة فى البهائم ليست بعيب وان هلكت الزيادة بفعل أجنبى فهو كما كان الولد قائما لان الولد مات وأخلف بدلا والفائت الى خلف كالقائم حكما وان هلكت بفعل المشترى بان أعتق المشترى ولد الجارية ثم هلك العبد لم يكن للمأذون على الجارية سبيل لان الولد يسلم للمشترى من وجه فانه مولى له يرث منه اذا مات ولم يكن له عصبة أقرب منه فيؤدى الى الربا فلا يجوز فسخ العيب فى الجارية فان مات الولد المعتق وترك ولدا كان للعبد ان يأخذ الجارية ان شاء ولا يتبعه بنقصانها وكذلك ان ترك ولدا لا يخير ولاؤه المشترى بان كان المعتق تزوج بامة لرجل وحدث منها ولد ثم أعتق مولى الامة الولد لان المانع من فسخ العقد فى الجارية هو الولد وقد زال هذا المانع بلا خلف وهذه الزيادة من خصائص مسائل هذا فيجب حفظها وكذلك اذا قتل الولد المشترى فله الخيار بين الفسخ والتضمين وهذا لا يشكل على الرواية التى قال بان الولادة عيب لازم فى بنات آدم وذلك لان القتل بمنزلة الموت لان المقتول ميت باجله ولو مات الولد فى يد مشترى الجارية يتخير المأذون فكذا هذا وانما يشكل على الرواية التى قال بان الولادة ليست بعيب اذا لم توجب نقصانا لان الولد مات ولم يخلف بدلا لان المشترى جنى على ملكه الصحيح وجناية المالك على ملكه هدر فصار كما لو مات الولد حتف أنفه والجواب عنه أن الولد مات وأخلف بدلا من دمه لان جناية المشترى على الولد انما تكون ملاقية ملكه مادام ملكه فى الجارية متقررا فاما اذا انفسخ ملكه فى الجارية بان أخذ الجارية ولم يضمنه النقصان كانت الجناية على الولد ملاقية ملك المأذون من وجه لان الولد تبع للجارية لانه متولد ومتفرع عنها وهذا ملك بسبب ملك الجارية وانفساخ الملك فى الاصل يوجب انفساخ الملك فى التبع فصار جانيا على ملك المأذون على هذا الاعتبار فيضمن قيمة الولد من وجه فصح أن الولد مات وأخلف بدلا من وجه فيتخير وان شاء أبرأه عن قيمة الولد و يأخذ الجارية وان شاء لم يبرئه وضمنه قيمة الجارية وأما اذا كانت الزيادة متصلة بان ازدادت الجارية حسنا وجمالا أو ذهب البياض الذى فى عينها قبل هلاك العبد أو بعده أخذها بزيادتها وقيل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لا يجوز استردادها قبل هلاك الغلام لما عرف من اختلافهم فى الصداق زاد فى يده بعد القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يكون للزوج رد نصف الصداق الا برضا المرأة عندهما وقيل هذا قولهم جميعا فهما فرقا بين هذه المسئلة ومسئلة الصداق والفرق ان فى الصداق حق المرأة فى الزيادة ولو بطل فانما يبطل قصدا بايقاع الزوج بالطلاق وهو لا يملك ابطال حقها قصدا فاما حق مشترى الجارية فى الزيادة لو بطل فانما يبطل حكما لا بقصد المأذون لان بطلان حقه فى الزيادة مضاف الى موت الغلام وموت الغلام ما كان بصنع المأذون وقد ثبت حكما للشئ ضرورة ثبوته وان كان لا يثبت قصدا والاصح ان هذا على الخلاف لانه ذكر بعد هذا

ان العبد لو لم يمت لكن حدث به عيب فرد العيب كان للمأذون ان يسترد الجارية وان كانت الزيادة المنفصلة حدثت قبل الرد فحق الرد وحق مشترى الجارية فى الزيادة هذا لو بطل انما يبطل قصدا لانه يبطل برد العبد ورد العبد كان بقصده و بين ان الرد بخيار الرؤية والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الموت من حيث منع فسخ العقد لان العقد ينفسخ بهذا الرد كما ينفسخ بموت العبد قبل القبض ولو كان العبد المأذون باع بالخيار ثلاثة أيام فى الذى اشتراه وولدت الجارية فى يد المشترى منه أو من غيره أو قطع يدها فان رد العبد بخياره أخذ الجارية وارشها وعقرها وولدها الا ان اشتراط الخيار فى العبد اشتراط الخيار فى الجارية لان الخيار انما يشترط للفسخ ولا يمكنه فسخ العقد فى أحد البدلين دون الآخر فيكون اشتراط الخيار فى أحد البدلين اشتراطا للخيار فى الآخر ولهذا لو أعتق مشترى الجارية بعد القبض لا ينفذ عتقها الا ان للبائع خيار شرط فى الجارية والمشترى متى قبض المشترى وللبائع فيه خيار شرط يكون المشترى مضمونا عليه بالقيمة ولو لم يقبض الجارية حتى أعتقها قبل هلاك العبد جاز عتقه فان أعتقها بعد هلاك العبد لم يجز عتقه لان قبل هلاك العبد عتق ملك نفسه لان البيع صحيح فى الجارية و بعد هلاك العبد فسد البيع فى الجارية والبيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك ولو قبض الجارية ووجد المأذون بالعبد المبيع عيبا قبل القبض أو بعده فرده بقضاء أو رضا أو خيار رؤية أو شرط ثم أعتق الجارية لم يجز عتقه وكذا لو تقايلا لانفسخ العيب من كل وجه فزالت الجارية عن ملكه فصار معتقا ما لم يملك فاذا بهلاك العبد لا ينفسخ وانما يفسد فتى كانت الجارية فى يده صار معتقا ما يملكه فينفذ وقبل القبض لا يملكه فلا ينفذ والله تعالى أعلم قال محمد فى الاصل واذا اشترى المأذون جارية بألف درهم وقبضها ووهب البائع ثمنها من العبد وقبل العبد ذلك فهى جائزة وأراد بقوله قبل أى لم يرد وكذا لو وهب من المولى فان باع العبد المأذون عبدا بجارية وقبض بائع العبد الجارية ثم وهب العبد من المأذون ثم وجد المأذون بالجارية عيبا ليس له أن يردها بالعيب عند علمائنا الثلاثة استحسانا فلو وهب المأذون العبد قبل أن يقبض المأذون الجارية وقبل البائع فهو جائز وكان اقالة للبيع هكذا ذكر فى الكتاب قال الفقيه أبو بكر البلخى هذا قول الامام ومحمد وعلى قول أبى يوسف لا يكون اقالة فان لم يقبل المشترى الهبة فهبة العبد باطلة ولو كان مشترى الجارية هو الذى وهب الجارية من المأذون قبل أن يقبضها وقبلها المأذون فالهبة جائزة وكذا اذا وهب الجارية من مولى المأذون قبل القبض أما اذا وهب الجارية من مولى المأذون قبل القبض فأمره بالقبض فقبض هل تصح الهبة هذا على وجهين اما أن يكون على العبد دين أولا فان لم يكن على العبد دين فالهبة جائزة ويكون اقالة للبيع أما اذا كان على العبد دين فانه لا تجوز الهبة ولا يكون اقالة حتى كان للعبد أن يأخذ الغلام من المشترى قال رحمه الله ﴿ويوكل بهما﴾ أى يجوز أن يوكل بالبيع والشراء لأنهما من توابع الاجازة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين وأطلق فى قوله يوكل فشمل ما اذا كان عليه دين أولا كان الدين مستغرقا أولا وكل المولى أو غريم العبد مع أن الظاهر اذا لم يكن عليه دين لا يصح توكيل المولى لان المولى أصيل فى التصرف ولا ينفذ توكيل غريم العبد لانه ربما يقبض لنفسه فيتضرر البقية فلو قال ويوكل غير غريم ومولى حيث لا دين لكان أولى قال فى المبسوط مسائل توكيل المأذون على وجوه أحدها فى توكيل المأذون الثانى فى توكيل غريم مولاه بالخصومة والثالث فى توكيل الغريم عبد المولى المأذون فى قبض ما على المولى من الدين الاول وللعبد أن يوكل غيره بالبيع والشراء بنقد أو نسيئة لانه من صنيع التجار وان وكل عبدا مأذونا ببيع متاعه فباعه من رجل له على المأمور دين صار قصاصا عندهما خلافا لابى يوسف لأن عندهما الوكيل يملك ابراء المشترى عن الثمن وعنده لا والوكيل مع الموكل اذا باعاه معا فبيع الموكل أولى الثانى اذا كان على العبد دين فوكل الغريم مولاه بقبضه لم يجز ولم يبرأ العبد من الدين لان المولى فى قبض الدين من عبده عامل لنفسه والاصل أن العامل لنفسه لا يصلح أن يكون نائبا عن غيره وذكر فى كتاب الوكالة أنه يصح قبضه فان عاين الشهود قبضه رده ان كان قائما وان هلك لم يضمن لان قبضه باذن المديون والغريم الرابع فى توكيل الشريك العبد والاجنبى المولى فى دينهما فالاول للعبد التاجر ولرجل آخر على رجل ألف درهم فوكل الشريك العبد بقبضه لم تجز الوكالة وما قبضه يكون بينهما نصفين ولو هلك المقبوض فى يده هلك من مالهما الثانى من الثالث اذا كان للمأذون واشريكه على رجل ألف درهم فجحدها فوكلا المولى بالخصومة مع غريمهما جاز كما لو وكل المأذون مولاه بالخصومة وان أقر المولى فى مجلس القاضى بايفاء الخصم لهما جاز اقراره كان على العبد دين أولا لأن اقرار الوكيل على الموكل بالخصومة على موكله جائز ثم هل يرجع أحد الشريكين على صاحبه لا يخلو اما أن كذبا الوكيل فى اقراره أو صدقاه أو كذبه أحدهما وصدقه الآخر فان صدقاه فى اقراره فلا يرجع أحدهما على صاحبه بشئ وكذا

ان

ان كذباه وان صدقه أحدهما وادعى على العبد دينار جع الشريك فى رقبته بنصف حصته وان كان على دين لم يرجع على العبد ولا على مولاه حتى يقضى دينه فان فضل فيصح فيما يفضل عن دين الغريم وان صدقه الشريك وكذبه العبد لم يرجع أحدهما على صاحبه بشئ سواء كان على العبد دين أولا ولو وكل الشريك العبد بالخصومة فأقر أن الشريك قد استوفى حقه برئ الغريم من نصف الدين ولا ضمان على العبد ويقبض العبد نصف الدين ويكون بينه وبين شريكه ولو ادعى شريك العبد أن العبد قبض حقه فوكل العبد مولاه بخصومته أو بعض غرمائه فأقر الوكيل باستيفاء العبد فللشريك أن يأخذ العبد بربع الدين ويرجع على المديون بربعه وكذا لو أقر العبد بذلك واذا وكل مأذونا يشترى له بالنسيئة لم تجز الوكالة ولو لم يذكر النسيئة جاز استحسانا فاذا حل الاجل يكون للبائع أن يأخذ الثمن من العبد ثم يرجع العبد بما أدى على الموكل ولو كان الوكيل صبيا أو محجورا أو معتوها ثم أدرك أو أفاق لم تعد العهدة اليه لانهما وقت العقد ليس من أهل العهدة بخلاف الوكيل اذا جن فأفاق أو أسلم المرتد تعود العهدة عليهما لانهما وقت العهدة من أهلها الخامس لو كان على المولى دين لرجل فوكل عبده بقبض ذلك جاز فان أقر بقبض ذلك والهلاك فى يده صدق لان العبد فيما يقبض عامل لغيره لا لنفسه لرجل على عبدين مأذونين فى التجارة دين فوكل أحدهما بقبضه جازت الوكالة لان العبد يصلح وكيلا للاجنبى بقبض الدين من مولاه ولو أقر بقبضه صدق فيه مع يمينه وان نكل عن اليمين لزمه ذلك على العبد دين فوكل الغريم ابن العبد أو أباه أو عبد أبيه أو مكاتبه فأقر الوكيل بقبض ذلك صدق لانه لو وكل عبده بذلك جاز فلو وكل ابنه بذلك لكان أولى قال رحمه الله ﴿ويرهن ويرتهن﴾ لانهما من توابع التجارة لانهما ايفاء واستيفاء ويتقرر ذلك بالهلاك قال فى الاصل اذا كان على العبد دين فرهن به رهنا ووضعاه على مولاه وهلك فى يده لم يبطل دين الغريم وهلك الرهن من مال العبد لان المولى لا يصلح وكيلا بقبض الدين من عبده فكذا لا يصلح عبده ولو لحق المأذون دين فأراد أن يرهن عبدا من بعض الغرماء فللباقين المنع لان الرهن ايفاء حكما وأطلق قوله يرهن فشمل ما اذا كان عليه دين أولا كان مستغرقا أولا رهن عند المولى أو عند بعض الغرماء أما اذا لم يكن عليه دين لا يصح أن يرهن من المولى وكذا لو لم يكن عليه دين لانه اذا لم يصلح أن يكون عدلا لا يصلح أن يكون مرتهنا فلو رهن من بعض الغرماء يتوقف كما ذكر فى الاصل قال رحمه الله ﴿ويستأجر ويضارب﴾ لانه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة أخذا ودفعا وكذا الاجارة بأن يؤجر غلمانه ويستأجر أحرارا وله أن يدفع الارض مزارعة ويأخذها ومساقاة لان كل ذلك من عمل التجار قال عليه الصلاة والسلام الزارع تاجر ربه وله أن يشترى طعاما ويزرعه فيها ويستأجر البيوت والحوانيت ويؤجرها لما فيه من تحصيل المال ويشارك شركة عنان ولا يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن فلو فعلا ذلك كانت عنانا لان المفاوضة عنان وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة قال رحمه الله ﴿ويؤجر نفسه﴾ يعنى المأذون يؤجر نفسه وقد قدمناه وقال الامام الشافعى لا يملك ذلك لان الاذن لم يتناول التصرف فى نفسه ولهذا لا يملك أن يبيع نفسه ولا أن يرهنها قلنا الاذن يتضمن اكتساب المنافع والاجارة منه بخلاف البيع والرهن لانه يبطل الاذن قال رحمه الله ﴿ويقر بدين وغصب ووديعة﴾ لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله أحد فلا بد من قبول اقراره فيما هو من باب التجارة والاقرار بالدين منه وكذا بالغصب لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لانه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ومن باب المعاوضة وكذا لو أقر به أحد المتفاوضين كان شريكه مطالبا به ولو اشترى جارية شراء فاسدا فأقر أنه وطئها يجب عليه العقر للحال لان لزومه باعتبار الشراء اذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما اذا أقر أنه وطئها بالنكاح حيث لا يظهر وجوب العقر فى الحال فى حق المولى ويؤخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة لانه لا يجد بدا منه فكان من توابعها ولوازمها وأطلق فى قوله أقر وما بعده فشمل ما اذا أقر للمولى أو لغيره وما اذا كان عليه دين أولا وما اذا كان فى صحته أو مرضه أو الاول وهو ما اذا أقر للمولى قال فى المبسوط اذا أقر المأذون بعين فى يده لمولاه ان لم يكن عليه دين جاز وكذا العبد مولاه والا فلا لان الاقرار لم يلاق حق أحد وقد يفيد المولى فائدة اذا لحق العبد دين لا يتعلق به حق الغرماء ولو أقر بدين لمولاه لا يجوز كان عليه دين أولا لان المولى لا يستحق عليه دينا ومثله لو أقر لعبد مولاه المحجور ولو أقر لعبد مولاه المأذون بدين ان كان على المقر له دين لا يصح اقراره لانه اقرار للمولى ولو أقر بألفين لمكاتب مولاه ولا دين عليه يصح كما لو أقر للمولى ولو كان عليه دين لا يصح ولو أقر بالدين لمكاتب مولاه صح كان على المقر له دين أولا لان المكاتب يصح أن يثبت له دين على مولاه فعلى عبد مولاه أولى ولو أقر لابن مولاه أو لابيه بوديعة أو دين وعليه دين صدق ولو أقر لابن نفسه أو لأبيه أو لمكاتب أبيه لم يصح عليه دين أولا عند الامام وقالا يصح وبيان الدليل من الجانبين مذكور فيه وأما اذا أقر لغير

المولى فهو صحيح كان عليه دين أولا قال فى المحيط ولو صدقه مولاه فى الاقتصاص بنكاح فاسد بدأ بدين الغرماء فان فضل شئ أخذه سيد الامة من عقرها لان ضمان العقر بمنزلة ضمان الجناية وفى ضمان الجناية لا يصدق العبد فى حق الغرماء كما لو أقر بقطع يد أو رجل ولو أقر بحرية الجارية التى فى يده لا يصح لانه لا يملك انشاء حرية طارئة للحال فلا يملك الاقرار بها ومتى أقر بحرية أصلية يصح لان الحرية الاصلية غير ثابتة باقراره بل مضافة الى الذات ولو اشترى عبدا من رجل وقبضه ثم أقر أن البائع أعتقه أو دبره أو استولدها أو أمة لم يصدق و بيبعها لانه أقر بحرية طارئة فان صدقه البائع انتقض البيع و يرد عليه الثمن لان التصديق من البائع اقرار منه بانشاء هذه الاشياء وهو يملك انشاء هذه التصرفات فيملك الاقرار بها و يصدق العبد فى نقض البيع لانه يملك نقض البيع ولو قال باعها من فلان قبل أن يبيعها منى صدق ولا يرجع بالثمن على البائع الا أن يأبى اليمين أو يقيم عليه البينة أو يصدقه وذكر فى الزيادات انه لا تصح دعواه ولا تقبل بينته ولا يستحلف البائع اذا أنكر لانه يتناقض ولو أقر بألفين لاجنبى جاز اذا أقر مطلقا و يحمل على المعاوضة ولو باع المأذون عبده فقال المشترى انه حر وصدقه المأذون لا يصدق و نفذ عتقه على المشترى اذا أقر المأذون المديون أو غير المديون بدين كان عليه وهو محجور من غصب أو وديعة استهلكها أو مضاربة أو عارية خالف فيها فان كذبه رب المال وقال هذا كله فى حال اذنك لم يصدق العبد فى شئ منه ولزمه كله وان صدقه رب المال لزمه الغصب خاصة لان الغصب يوجب الضمان للحال بخلاف غيره لانه أضاف الاقرار الى حالة تمنعه ولو أذن له ثم حجر ثم أذن فان كان عبدا أو صبيا حرا فقال استهلكته كله فى حال اذنى الاول لزمه كله صدقه المقر له أو كذبه لان الاقرار بهذه الاشياء فى الاذن معتبر بالاذن الاول ولو حجر على عبده ولا مال فى يده ثم أقر بعد ذلك كله انه فعله فى حال اذنه لم يلزمه الا بعد العتق لانه محجور أقر على نفسه وان أذن له مرة أخرى سئل عما أقر به فان قال كان حقا لزمه وان قال كان باطلا تأخر حتى يعتق ومثله الصبى والمعتوه وأما اذا كان عليه دين أو فى صحته أو مرضه فقد بيناه فى ضمن التقرير وأما اذا أقر المأذون فى مرض مولاه قال فى المبسوط وهو على وجهين أحدهما أن يقر العبد والثانى فى اقرارهما فالاول اذا أقر العبد فى مرض المولى وعلى المولى دين ان كان عليه دين الصحة محيط بجميع ماله ورقبة العبد لا يصح اقرار العبد وان كان على المولى دين المرض صح اقراره ثم المسائل على أقسام أما الاول اذا كان على المولى دين الصحة ولا دين على العبد أو على العبد ولا دين على المولى أو على كل واحد منهما دين الاول لو أقر المأذون فى مرض مولاه بدين ولا دين عليه وعلى المولى دين الصحة جعل كان المولى أقر فى مرضه و يبدأ بدين الصحة كاقرار المولى على نفسه فى هذه الحالة وان لم يكن على المولى دين فى صحته فتداين فى مرضه تحاصا لان اقرار العبد بالدين صحيح فى حق غرمائه وان تضمن ابطال حقه الثانى لو كان على العبد دين ولا دين على المولى فى صحته فاقرار العبد بذلك صحيح لان المأذون انما يصير محجورا عليه فى مرض سيده اذا كان على السيد دين فى الصحة يحيط بماله ورقبة العبد ومافى يده فيصير العبد محجورا حينئذ الثالث اذا كان على كل واحد منهما دين للصحة فأقر العبد بدين فى مرض مولاه فلا يخلو اما أن يكون رقبة العبد ومافى يده لا يفضل عن دينه أو يفضل عن دينه ولا يفضل عن دين المولى أو يفضل عنهما فان لم يفضل عن دينه لا يصح اقراره لان شغل مافى يده ورقبته يمنع صحة اقراره فان فضل عن دينه وعلى المولى دين الصحة يكون الفاضل لغرماء صحة المولى وأما اذا فضل عن دينهما فانه يصح اقراره فى ذلك الفاضل ولو لم يكن على أحدهما دين فأقر المولى فى مرضه بألف على نفسه ثم أقر العبد بألف تحاصا فى ثمن العبد ولو أقر العبد أولا ثم المولى بدئ بدين العبد وفى المحيط قال أبو يوسف اذا أبق العبد المأذون أو حجر عليه أو باعه سيده حل الدين الذى عليه مؤجلا وان أعتقه لم يحل عليه الدين وكان الى أجله لان بالعتق لم تنقطع ولاية التجارة بل استفادها قال رحمه الله ﴿ولا يتزوج﴾ لانه ليس من باب التجارة ولانه فيه ضرر على المولى لوجوب المهر والنفقة فى رقبته وفى المحيط فى حجر المأذون ولو اشترى المأذون أمة فتسرى بها وولدت له ثبت نسبه منه ولا تخرج الأمة وولدها من التجارة وكذا لو تزوج أمة بغير بينة باذن المولى لم تخرج الأمة وولدها من التجارة فان كان النكاح ببينة خرجت من التجارة قال الحاكم أبو الفضل يحتمل أن يكون هذا الجواب فى أمة تاجرة اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يزوج مملوكه﴾ أطلقه فشمل ما اذا كان عليه دين أو لا زوجها من المولى ولا دين عليه أو من غيره وقال الثانى يزوج الامة دون العبد لان فيه تحصيل النفقة والمهر فأشبه اجارتها ولهذا اجاز للمكاتب ووصى الاب والاب ولهما أن الاذن يتناول التجارة والتزويج ليس منها ولهذا لا يملك تزويج العبد بالاتفاق والاب والوصى تصرفهما بالنظر الى الصغير وفى تزويج الامة النظر المذكور وعلى هذا

الخلاف

الخلاف الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عنانا ومفاوضة ومافي الهداية من أن الاب والوصي على هذا الخلاف سبق قلم من الكاتب فانه ذكر المسئلة بنفسها في كتاب المكاتب مثل ماذكرنا ولم يذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة كتب أصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة قيدنا بقولنا زوجها من المولى ولا دين عليه لما قال في المنتقى اشترى المأذون جارية ولا دين عليه فزوجها من المولى جاز وقد خرجت الجارية من التجارة وليس له أن يبيعها ولا تباع للغرماء لو لحقه دين لان المولى يملك اكساب عبده وان كان عليه دين لم يجز النكاح وله أن يبيعها و يبيع ولدها لانهما ملك للعبد وان قضى دينه بعد التزويج فهو بمنزلة تزويجه ولا دين عليه اه قال رحمه الله ﴿ولا يكاتب﴾ لانه ليس من باب التجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة ولان الكتابة أقوى من الحجر لان الكتابة توجب حرمة اليد في الحال وحرية الرقيق في المآل والاذن لا يوجب شيأ من ذلك والشئ لا يتضمن ما هو فوقه الا اذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فان أجازه المولى جاز وذكر في النهاية انه اذا كان على العبد دين قليل أو كثير فكتابته باطلة وان أجازها لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل أو كثر وهذا مشكل لان الدين اذا لم يكن مستغرقا لما في يده ورقبته لا يمنع الدخول في ملك المولى وانما الخلاف فيما اذا كان الدين مستغرقا فعند الامام يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع واذا أدى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم أجاز المولى لا يعتق و يسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده قال رحمه الله ﴿ولا يعتق﴾ أطلقه فشمل ما اذا كان على مال أولا لانه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع وان أجازه المولى ولم يكن عليه مال دينا جاز وكأنه قبل العوض اليه ان كان العتق على مال فان كان عليه دين مستغرق لم ينفذ عند الامام و ينفذ عندهما بناء على انه يملك ما في يده أم لا وقدمنا لو أقر بحرية طارئة أو أصلية فراجعه قال رحمه الله ﴿ولا يقرض﴾ لانه تبرع ابتداء وهو لا يملك و ينبغي ان يقال اذا كان درهما فصاعدا فاما مادونه فيجوز ان يقرض كما في الهبة قال رحمه الله ﴿ولا يهب﴾ أطلقه فشمل ما اذا كان بعوض أولا لانه تبرع ابتداء وانتهاء أطلق في منع الهبة فشمل ما قيمته درهم ومادونه وفي المحيط ولا يهب هذا اذا بلغت قيمته درهما فصاعدا ويجوز هبة مادون الدرهم لانه من صنيع التجارة لانه لا بد للتجار منه ليعرف و يميل قلب الناس اليه اه قال رحمه الله ﴿و يهدي طعاما يسيرا و يضيف من يطعمه﴾ لان التجار يحتاجون اليه لاستجلاب قلوب المهاجرين وعن الثاني المحجور عليه اذا دفع اليه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه عليه فلا بأس به بخلاف ما اذا دفع قوت شهر لانهم اذا أكلوه يضر بحال المولى ولا يمكن ان يقدر الضيافة بتقدير لانه يختلف باختلاف الناس واختلاف المال ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها بالرغيف بدون اذن الزوج لانه مأذون فيه عادة قال محمد و يتصدق المأذون بالرغيف ونحوه واستحسنوا ذلك في الطعام وفيما اذا أعار رجلا دابة ليركبها أو ثوبا ليلبسه لا بأس به ولم يذكر في الكتاب الضيافة اليسيرة وقدرها محمد بن سلمة البلخي فقال ان كان مال التجارة عشرة آلاف فالضيافة عشرة دراهم وان كان مال التجارة عشرة فالضيافة بدانق كذا في المحيط قال رحمه الله ﴿و يحط من الثمن بعيب﴾ أطلقه فشمل ما اذا كان قدر العيب أو أكثر أو أقل وهو مقيد بما اذا كان قدره فلو قال بقدره لكان أولى لانه من صنيع التجار وقيدنا بكون الحط أنظر له من قبول العيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة اليه بخلاف المحاباة ابتداء لانه قد يحتاج اليه التاجر وله أن يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار وفي المحيط فأما اذا كان المحطوط أكثر مما يخص العيب من الثمن بحيث لا يتغابن في مثله هل يجوز لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه فقيل يجوز عند الامام وعندهما لا يجوز لان الحط بمنزلة البيع والشراء وهو لا يملكه بالغبن الفاحش عندهما وعنده يملكه وقيل لا يجوز بالاجماع لان الحط ليس بتجارة اه أطلق في قوله فشمل قبل الحجر و بعده وأطلق العيب فشمل ما اذا أقر به أو ثبت قال في المنتقى باع العبد المأذون عبدا في تجارته ثم حجر عليه مولاه ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فالخصم في الرد بالعيب هو العبد وان أقر العبد بالعيب لم يلزمه وان نكل عن اليمين فقضى عليه جاز اه فاذا كان خصما ملك الحط وفي المحيط قال محمد في الاصل اذا باع العبد المأذون عينا واطلع المشتري على عيب يحدث مثله وخاصم المأذون في ذلك فقبله من غير قضاء بلا يمين ولا بينة فقبوله جائز ولو ان عبدا مأذونا باع من رجل جارية فقبضها المشتري فوجد بها عيبا فرد القاضي الجارية على العبد وأخذ منه الثمن ثم ان العبد بعد وجد بالجارية عيبا حدث عند المشتري ولم يعلم به العبد وقت الرد ولا علم القاضي بذلك فالمأذون بالخيار ان شاء نقض البيع

ورد الجارية على المشترى وأخذ منه الثمن الا مقدار العيب الذى كان عنده وان شاء أجاز البيع وأمسك الجارية ولم يرجع على المشترى بنقصان العيب اهـ ولو قال ويحط من العوض لكان أولى لانه يشمل ما اذا باع سلعة بسلعة كان يحط منه اذا كان مكيلا أو موزونا ومن القيمة اذا كان قيميا قال رحمه الله ﴿ودينه متعلق برقبته﴾ وهذا عندنا وقال الامام الشافعى وزفر يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالاجماع ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات وفى تعليقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود المولى وتعلقه بكسبه لا ينافى تعلقه برقبته فيتعلق بهما جميعا ويبدأ ببيع كسبه لانه أهون على المولى مع بقاء حق الغرماء قال فى العناية فان لم يكن له كسب تعلق الدين برقبته اهـ فلو قال المؤلف وديونه متعلقة بكسبه ورقبته لكان أولى وأكثر فائدة لانه يفيد تأخر تعلقه بالرقبة عن الكسب ان كان ويفيد تعلقين قال فى المحيط واذا أخذ المولى شيأ من كسب عبده المأذون ثم لحقه دين سلم لمولاه ما أخذه وان كان عليه دين يوم أخذ قليلا أو كثير يسلم للمولى ما أخذه ويظهر ذلك فيما اذا لحقه دين آخر يرد المولى جميع ما كان أخذه لانا لو جعلنا بعضه مشغولا بقدر الديون وجب على المولى رد قدر المشغول على الغريم الاول فاذا أخذه كان للغريم الثانى ان يشاركه فيه ان كان دينهما سواء وكان للغريم الاول ان يرجع بما أخذه منه على السيد واذا أخذ منه ثانيا كان للغريم الآخر ان يشاركه ثم وثم الى ان يأخذ منه جميع ما أخذ من كسبه ولو أخذ المولى من المأذون ضريبة مثله وعليه دين سلمت للمولى استحسانا لان للمولى ان يستخدم المأذون لان المنافع باقية على ملكه فاذا شرط عليه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة عوضا عنها فكان ما أخذه عوضا بخلاف ما اذا زاد على غلة المثل لانه أخذه بغير عوض عليه دين خمسمائة وفى يده عبد قيمته ألف فأخذ مولاه ثم لحقه دين ألف ثم أراد الاول ابراء العبد عن دينه لم يسلم للمولى ما أخذه ولو أبرأه بعد لحوق الدين سلم للمولى ما أخذه كله وكان كسبه فارغا عن دين فلك المولى كسبه وخرج المأخوذ عن كونه كسب العبد بخلاف ما اذا أبرأه بعد لحوق الدين فقد ابرأه بعد ما تعلق به حق الغرماء فصار مشغولا ولو لم يبرئه الاول ولكن قال لم يكن لى على العبد دين قليل ولا كثير بعد ما لحقه الدين الثانى يسلم للمولى ما أخذه كله لانه لما قال لم يكن لى عليه دين وأقر بذلك كاذبا فقد كذب العبد فى اقراره فبطل اقراره من الاصل فظهر انه لم يكن عليه دين فصح أخذ المولى وبالابراء لم يظهر انه لم يكن عليه دين لان الابراء اسقاط بعد الوجوب فلم يصح أخذه ولو كان المولى صدق عبده حين أقر للاول بالدين ثم لحقه دين الثانى ثم قال الاول لم يكن لى له عليه شئ لم يسلم للمولى ما قبض لان المولى لما صدق عبده فى الدين فقد أقر ان ما أخذه كان مشتركا بين الاول والثانى فقد أقر لرجلين بخلاف ما اذا صدق المولى الغريم فى قوله لا دين وكذبه العبد لا يصح اقرار العبد فى حق ما فى يد المولى لانه اقرار بما ليس فى يده وقوله وديونه متعلقة صادق بدين للمولى أو لابنه أو لابيه أو لابن العبد الحر أو لابيه أو لاجنبى وقد قدمنا بيانه قال رحمه الله ﴿يباع فيه ان لم يفده السيد﴾ يعنى اذا تعلق الدين برقبته حيث لا كسب له يباع فيه رقبته دفعا للضرر عن الغرماء ولا يعجل القاضى بيعه بل يتلوم لاحتمال ان يكون له مال يقدم أو دين يقبضه فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لان القاضى نصب ناظر المسلمين ولم يقدر مدة التلوم قيل هو مفوض الى رأى القاضى وقيل يقدر بثلاثة أيام ولا يبيعه القاضى الا بحضرة مولاه أو نائبه فاذا خرج العبد الى مصر وتصرف ولحقه ديون وفى يده أموال وقال أنا محجور على وكذب الغرماء باع القاضى كسبه استحسانا ولا يبيع رقبته حتى يحضر المولى كذا فى المحيط قال فى العناية فان قيل فما وجه البيع على قول الامام وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضى العبد بغير رضا مولاه حجر عليه أجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا واعيد بيعه اذ لا يجوز للمولى ان يبيع العبد المأذون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور عليه متصور وقوله ان لم يفده سيده اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز بيعه الا بحضرة المولى أو نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا فان الخصم فيه هو العبد فالشرط حضور العبد اهـ قال الشارح والمراد بالدين ما يظهر فى حق المولى وأما ما لا يظهر فى حقه فلا يباع فيه ويطالبه المولى به بعد الحرية وفى المحيط ولا يجوز بيع العبد المأذون بامر بعض الغرماء الا برضا الباقين أو يكون القاضى هو الذى باعه ويعزل نصيب الغائب عنهم لان للمولى فى العبد حق ملك وللغرماء حق الاستسعاء فيباع ليصل اليهم كمال حقهم وهذا الحق مفوت عليهم ببيع المولى فشرط اذنهم فيه اهـ وفيه أيضا واذا ولدت المأذونة المديونة بعد

لحوقها

لحوقهادين لزم الدين الولد والام ويباعان فيه لان دين الام حق ثبت فى رقبتها فيسرى الى الولد وان لحقها بعد الولادة لا يباع الولد وهو للمولى لان الدين انما تعلق برقبتها حال انفصاله فلا يتعلق بالولد وأما الهبة والكسب فيباعان فى الدين وان استفادهما قبل الدين والفرق ان الكسب يتبع المكاتب حقيقة وحكما بكل حال لانه حدث بكسبه وفعله والولد يتبع الاتصال ويصير أصلا حال الانفصال ولو كان عليها ألف قبل الولادة وألف بعد الولادة فالولد للاول خاصة ولا يدفع الولد بجناية الام وان ولدت بعد الجناية لان موجب الجناية لا تجب فى رقبة الجانى بل يخير المولى بين الدفع والفداء والولد ليس بجان فلم يجب دفعه قال رحمه الله ﴿وقسم ثمنه بالحصص﴾ أى بين الغرماء لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصون من الاستيفاء وفاء من البدل كما فى التركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم فى الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت فان فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع الناس عن شراء المأذون ودفعها للضرورة عن المشترى لانه لما لم يؤذن فى التجارة فلم يكن راضيا ببيعه ولا يلزم ما لو اشتراه الاذن فانه لا يباع ثانيا وان كان راضيا للبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك لا يبدل العين كذا فى العناية قال فى المبسوط الاصل ان دين العبد أقوى من دين المولى ولهذا يقدم دين العبد على دين المولى فى الايفاء من رقبة العبد وهنا مسائل أحدها فى دين الوارث على عبد الميت مع دين الميت والثانى فى دين الميت ودين العبد الموصى له والثالث فى هبة المريض عبده لرجل وللموهوب له على العبد دين الاول اذا هلك الرجل وعليه دين ألف درهم وترك ابنين وعبدا قيمته ألف لا مال له غيره ولاحد الابنين على العبد خمسمائة يباع العبد ويستوفى الابن دينه ثم يستوفى الاجنبى خمسمائة ثانية لان دين الوارث دين العبد ودين الاجنبى دين على المولى ودين العبد متقدم على دين المولى وان كان دين الميت خمسمائة والمسئلة بحالها يسقط نصف دين الابن ويستوفى نصفه أولا ثم يستوفى الاجنبى دينه خمسمائة بقى مائتان وخمسون ثلثاها للابن المدين وثلثها للابن الآخر لان الدين غير محيط وصار العبد ميراثا بين الابنين وسقط نصف دين الابن الذى فى نصيبه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الثانى هلك عن دين خمسمائة وابنين وعبد قيمته ألف وأوصى لرجل له على العبد دين خمسمائة بثلث ماله بطل ثلث الدين الموصى له ويستوفى ثلثيه والاجنبى خمسمائة دينه لان الدين غير محيط بالتركة ويملك الموصى له ثلث دينه وبقى ثلث دينه فى نصيب الورثة فيوفوا ذلك من قيمة العبد وهى ألف ثم يأخذ الغريم كمال حقه خمسمائة والباقى بين الاجنبى والموصى له نصفان ولو كان دين الميت ألف يستوفى الموصى له تمام دينه أولا ثم غريم الميت خمسمائة الثالث لو كان له عبد وهبه فى مرضه ممن له على العبد دين ألف درهم ولا دين له غيره فان اجازت الورثة سلم العبد كله له وسقط دينه وان أبت ردت ثلثى العبد بغير دينه وسلم له ثلثه وفى المبسوط شريكان أذنا لعبدهما فى التجارة فلا يخلوا اما ان يكونا شريكين شركة ملك أو مفاوضة أو عنان فان كانا شريكى ملك أذنا لعبدهما فى التجارة فادانه كل واحد منهما مائة درهم وأدانه الاجنبى مائة فاشترى عبدا فبيع العبد بمائة أو مات العبد عن مائة كان نصفها للاجنبى والنصف بينهما فالامام قال تعتبر القسمة فى هذه المسائل على طريق العول وفيها القسمة عندهما على طريق المنازعة وسيأتى بيان ذلك فى كتاب الوصايا ولو كانا شريكين مفاوضة أو عنانا وبينهما عبد ليس من شركتهما فادانه أحدهما مائة من شركتهما وأجنبى مائة فبيع العبد بمائة فثلثاها للاجنبى وثلثها بينهما عند الامام لان دين الاجنبى وجب كله ودين المولى ثبت نصفه وعندهما قيل يقسم كما قال الامام وقيل يجب ان يقسم على ثمانية أسهم ثلاثة أرباعها للاجنبى وربعها بين المولين ويطلب بيان التعليل فى المبسوط فان كان العبد من شركتهما والمسئلة بحالها فالمائة كلها للاجنبى لان الدين للشركة والعبد للشركة بينهما عبد ماذون فادانه أحدهما مائة وأجنبى مائة وغاب الذى لم يدن وحضر الاجنبى فان نصيب الذى أدان فى دينه ويؤاخذ كله للاجنبى ولا يباع نصيب الغائب قال فى المحيط واذا شهد لمسلم مسلمان على عبد كافر تاجر بالف ومولاه مسلم ولمسلم كافران بالف بيع العبد وبدئ بدين الذى شهد له المسلمان فان بقى شئ كان للآخر وانما بدئ بدين المسلم لانه حجة فى حق المولى والعبد وحجة الثانى قاصرة لانها حجة فى حق العبد دون المولى ولو كان الاول كافرا فانهما يتحاصان ولو صدق ان العبد الذى شهد له الكافر اشتركا جميعا ولو شهد لمسلم كافران ولكافر مسلمان تحاصا لان بينة كل واحد منهما استوت فى كونها حجة فى حق العبد ولو كان أرباب الدين ثلاثة مسلمان وكافر فشهد للكافر مسلمان ولاحد المسلمين كافران وللآخر مسلمان بدئ بدين المسلم الذى شهد له المسلمان وما بقى يستويان فيه لاستواء حجتهما عبد كافر ماذون له مولاه مسلم

فاقام عليه مسلم أو كافر كافرين بدين ألف كانت له فيسترد من المقضى له و يدفع الى المسلم لانهما لو اقترنا أو أقاماهما معا قدمت حجة المسلم الذى شهد له مسلمان عليهما فكذا اذا تأخرت وان كان الثانى كافرا شارك المقضى له الاول ولو شهد لمسلم حربيان بدين ألف على عبد تاجر حربى دخل دارنا بامان وشهد لمسلم ذميان بدين ألف وشهد مسلمان بدين ألف فبيع العبد بالف يكون الحربى والذمى نصفين ويأخذ المسلم نصف ما أخذ الحربى لان البينة الحربية ليست بحجة فى حق المسلم والذمى أصلا فصار كأن المسلم لم يقم بينة فى حقهما وبينة الذمى حجة فى حق المسلم من وجه دون وجه لان الذمى منا دارا فلا بد من تقديم الذمى على المسلم فى الاستحقاق لزيادة حجته ثم المسلم مع الذمى استويا فى الحجة لان بينة الحربى حجة فى حق الحربى والبينة المسلمة حجة فى حق المسلم ولو شهد لذمى حربيان وشهد لمسلم ذميان وشهد لحربى مسلمان كان الثمن للحربى والمسلم ثم يشارك الذمى الحربى فيما خصه لان شهادة المسلم للذمى حجة فى حق الحربى وشهادة الحربى للمسلم حجة فى حق المسلم فقد استويا فى الحجة فيقضى بينهما نصفان ولا يدخل فى نصيب المسلم ولو شهد المسلمان للذمى والذميان للحربى والحربيان للمسلم كان بين الذمى والحربى نصفان ثم يأخذ المسلم نصف ما أخذه الحربى قال رحمه الله ﴿وما بقى طولب به بعد عتقه﴾ يعنى ما بقى من الدين بعد قسمة الثمن يطالب به بعد الحرية لان الغرماء بالخيار ان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا باعوه لم يبق لهم تعلق به لان من هو مخير بين شيئين أو أشياء فاختار أحدهما بطل خياره فى غيره ولما كان الاذن تارة يكون شائعا فلا يحجر الا بالحجر الشائع وتارة يكون غير شائع فينحجر بالحجر غير الشائع قال رحمه الله ﴿ويحجر بحجر وان علم به أكثر أهل سوقه﴾ وقال الشافعى الحجر صحيح وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه ولنا ان حجره لو صح بدون علمهم لتضرروا به لانه اذا اكتسب شيأ فالمولى يأخذه فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم لانه قد يعتق وقد لا يعتق وقيد بالاكثر وهو الاستحسان لان اعلام الكل متعذر أو متعسر ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا عليه حتى لو باعه من علم منه ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار ماذونا له فى حق من لم يعلم صار ماذونا له فى حق من علم أيضا لان الاذن لا يتجزأ ويشترط علم العبد أيضا و بقى ماذونا له حتى يعلم بالحجر وفى المحيط أصله ان الحجر الخاص لا يرد على الاذن العام ويرد على الاذن الخاص بان أذن له بحضر رجل أو رجلين وثلاثة فحجر بحضر هؤلاء يصح ولو رآه المولى يبيع ويشترى بعد ما حجر عليه قبل أن يعلم العبد فلم ينهه ثم علم العبد بالحجر يبقى ماذونا استحسانا ووجهه أن سكوت المولى اجازة حال رؤية عبده يبيع ويشترى يرفع الحجر الثابت فلان يرفع الموقوف أولى ولو أرسل اليه صبيا يخبره بحجره أو كتب اليه صار محجورا لان الرسالة والكتابة من الغائب بمنزلة المشافهة من الحاضر سواء كان الرسول عدلا أو فاسقا حرا أو عبدا وان أخبره بالحجر رجل أو صبى من غير رسالة لم يكن حجرا حتى يخبره رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد عند الامام وعندهما يصير محجورا عليه كان المخبر حرا أو عبدا عدلا أو فاسقا أو صبيا وفى الخانية فرق الامام بين الاذن والحجر فعنده لا يثبت الحجر بخبر الواحد الا اذا كان عدلا أو اثنان ويثبت الاذن بقول الفضولى الواحد على كل حال وذكر الشيخ خواهر زاده عن الفقيه أبى بكر البلخى انه لا فرق بينهما وانما يصير ماذونا اذا كان الخبر صادقا عند العبد وكذا الحجر والفتوى على هذا القول اه هذا اذا حضر المولى وصدقه فلو حضر المولى وكذبه لا يصير محجورا عليه واذا أذن العبد المأذون لعبده فى التجارة ثم حجر المولى على الاول ان كان عليه دين يحجر على الثانى ومثله لو مات الاول وعليه دين وان لم يكن على الاول دين لم يحجر على الثانى فى الوجهين لانه متى كان على الاول دين لا يملك المولى اذن العبد الثانى وان لم يكن عليه دين فالمولى يملك ان ياذن للثانى فصار المولى آذنا للثانى حكما والمولى لو أذن للثانى حقيقة ثم حجر على الاول لم يحجر على الثانى فكذا حكما ولم يجز حجر المولى على ماذون مكاتبه وينحجر بموت المكاتب وعجزه ولو مات المكاتب عن ولد فاذن الولد للعبد فى التجارة فاذنه باطل لان التركة مادامت مشغولة لا يملكها الوارث فلو أدى بدل الكتابة من كسب المأذون صح الاذن وان كان الاذن قبل مضى الدين لانه تبين انه ملك من وقت الموت متى قضى الدين وأطلق فى قوله ينحجر بحجره فشمل المنجز والمعلق وهو صحيح فى المنجز غير صحيح فى المعلق قال فى المحيط لو قال القاضى لرجل قد حجرت عليك اذا سفهت لم يكن حجرا واذا قال لسفيه قد أطلقتك اذا صلحت فهو جائز لان الاذن والاطلاق اسقاط للحجر وتعليق الاسقاط بالشرط جائز كالطلاق والعتاق وأما الحجر عزل وتعليق العزل بالشرط لا يصح و روى ابن سماعة عن أبى يوسف ومحمد جاز الحجر كما جاز الاذن لان الحجر منع وتعليق المنع بالخطر جائز اه وفى المحيط فى باب اقرار المأذون بعد الحجر واذا حجر على المأذون وله

ديون على الناس كان الخصم فيها العبد حتى لو قبضها العبد برئ الغريم لان الحجر لا يعمل فيما ثبت للعبد قبل الحجر ولان قبض الثمن من حقوق العبد ولو مات العبد أو باعه فالخصم فيها هو المولى وان كان على العبد دين لان المولى أقرب الناس اليه فاذا عجز العبد عن قبض حقه والخصومة فيه يقوم المولى مقامه كالوارث يقوم مقام المورث الا انه لا يقبض الدين اذا كان له دين عليه واذا أقر العبد بعد الحجر عند القاضي بعيب لا يحدث مثله فى متاع باعه حال اذنه يرد عليه لا باقرار لكن بوجود عقد البيع عند القاضي أو أقام المشترى البينة وان كان عيبا يحدث مثله لم يصدق العبد على الغرماء والخصم فيه هو المولى يحال فيه على علمه والضمير فى قوله بحجره يشمل السيد والاب والوصي والقاضي لان الكل سواء فى العزل القصدى ولو زاد ضميرفيه ليرجع للاذن ولحوقه بدار الحرب العام وليفيد الفرق بين العام فى الحجر والخاص قال رحمه الله تعالى ﴿وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتدا﴾ يعنى يصير محجورا عليه بهذه الاشياء علم العبد أو لم يعلم لان الاذن غير لازم وبما ذكر بطلت أهلية الآذن فينعزل وينحجر عليه لانه حجر حكمى ولهذا يعتق بما ذكر مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا فى ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط علمه ولا علم أهل السوق أيضا قيد بلحوقه بدار الحرب والظاهر انه قول الامام وعندهما ينحجر بنفس الارتداد لحق أو لا قال فى المحيط وان ارتد فتصرف ثم أسلم جاز تصرفه فان قتل على ردته بطل عند الامام وقالا لا يبطل ولو كاتب أمة جاز بالاجماع وأفاد بتوسط الجنون بين الموت الحقيقي والحكمى انه الجنون المطبق قال فى المحيط فان كان يجن ويفيق فهو على اذنه لان ولايته لا تزول بغير المطبق الذى يستوعب السنة وموت الاب والوصي حجر على الصبي المأذون وعلى عبده وموت القاضي وعزله لا يوجب عزل المأذون من جهته والفرق ان اذن القاضي قضاء من وجه لانه باعتبار ولايته القضاء لا باعتبار ولاية الملك والنيابة فمن حيث انه قاض لا يبطل بموته وعزله وأما اذن الاب فمن حيث النيابة فيبطل بهما واذن القاضي الصبي جائز وان أبى أبوه أو وصيه وحجرهما عليه لا يصح لا فى حياة القاضي ولا فى موته وان حجر عليه بعد عزله لا يصح حجره وانما الحجر للقاضي الثانى فلو أذن الاب لعبد ابنه الصغير ثم ملكه الاب فهو حجر عليه لان الاذن صح باعتبار ملك الابن فيزول بزواله واذا أدرك الصغير فمأذون أبيه على اذنه ولو مات الاب بعدما أدرك الابن فالعبد على اذنه ولو باع المولى العبد صار محجورا عليه وان لم يعلم أهل سوقه هذا اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فباعه بغير اذن الغرماء لا يصير محجورا عليه وهذا الحجر ثبت ضمنا للبيع وكذا لو زال عن ملكه بالهبة أو غيرها فان عاد الى قديم ملكه بالرد بالعيب أو بالرجوع فى الهبة لا يعود الاذن بخلاف الوكيل اذا باع الموكل فيه ثم عاد الى ملكه تعود الوكالة والفرق ان المقصود من الاذن فك الحجر والحجر يسقط والساقط لا يعود والمقصود من الوكالة بيع العين فجاز ان تعود الوكالة كما عاد اليه ولو باعه مولاه بخمر أو خنزير فلم يقبضه المشترى لا يصير محجورا عليه وان باعه بميتة أو دم فهو على اذنه وان قبضه لان البيع بهما لم ينعقد بخلاف الخمر والخنزير ولو قبضه المشترى فى البيع بخمر أو خنزير بمحضر البائع بغير اذنه صار محجورا عليه ولو تصرفا ثم قبضه بغير اذن لم يصر محجورا عليه ثم ايجاب البيع اذن بالقبض فى المجلس دلالة وبعده لا يكون اذنا ولو أمره بقبضه فقبضه بعدما تفرقا صار محجورا عليه وان باعه بيعا صحيحا على ان البائع بالخيار لا يصير محجورا عليه ما لم يتم البيع وهل يصير محجورا عليه من وقت البيع أو من وقت الاجازة قال مشايخ بلخ يصير محجورا عليه من وقت الاجازة وهو الاصح وان كان الخيار للمشترى صار محجورا عليه من وقت البيع لان خيار المشترى لا يمنع خروج الملك عن البائع ولو أسقط لفظ سيده وذكر مكانه وموت غير القاضي ٧ أو أراد فيه كتاب الشبهة لكان أولى وأسلم لانه يشمل السيد والاب والوصي وأخرج موت القاضي ولو قال المؤلف وجنون أحدهما ولحوقه بدار الحرب لكان أولى لانه يفيد جنون العبد ولحوقه بدار الحرب لانه أكثر فائدة قال رحمه الله ﴿والاباق﴾ يعنى بالاباق أيضا يصير محجورا عليه حكما علم أهل السوق أو لا وقال زفر والشافعي لا يصير محجورا عليه بالاباق لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن ألا ترى أنه اذا أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح وجاز له ان يتجر اذا بلغه فلأن لا يمنع الاباق أولى وصار كما اذا غصب ولنا أن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد عن طاعته عادة فصار محجورا عليه دلالة والحجر يثبت دلالة كالاذن والاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولنا ان نمنع ولئن سلمنا فالدلالة ساقطة لغيره مع التصريح بخلافها ولقائل ان يقول اذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافه ينبغى ان لا يصير الآبق محجورا عليه فى الباقى أيضا لوجود التصريح من المولى بالاذن

فى الابتداء فكان دلالة الحجر فى البقاء مخالفة لدلالة التصريح فينبغى ان لا تعتبر والجواب بان وجود التصريح بالاذن فى الابتداء لا يقتضى وجوده الى حال الاباق وانما يعرف فى البقاء باعتبار استصحاب الحال وهى حجة ضعيفة ولهذا تكون دافعة لا مثبتة فيجوز ان تترجح الدلالة عليها وأما الغصب فان كان المولى يتمكن من أخذه بان كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة يمكنه ان ينزعه بها فيجوز ان يأذن ابتداء فكذا بقاء ولو عاد من الاباق فالصحيح ان الاذن لا يعود قال فى المحيط فان قال المشترى لم يابق ولكن بعثه المولى فى حاجة وجحد المولى فالقول للمشترى والبينة له أيضا لان المشترى متمسك بما هو ثابت فى الاصل باتفاقهما والمولى ادعى أمرا عارضا فكان القول قول المتمسك بالاصل وأما البينة فلانها أكثر اثباتا لانها تثبت جواز البيع و بينة المولى تنفى جوازه والبينة على النفى لا تقبل ولو غصب رجل عبدا محجورا ولا بينة للمولى وحلف الغاصب فتصرف العبد ومولاه ساكت ثم قامت له بينة فاسترده لم يجز تصرف العبد ولا يصير مأذونا له لان سكوت المولى اذن حكمى ولو أذن له صريحا والغاصب جاحد ولا بينة له لا يصح الاذن فالحكمى أولى وان أسر العبد وأحرز بدار الحرب صار محجورا عليه وان كان فى دار الاسلام فهو على اذنه وفى الخانية العبد المأذون اذا غصبه غاصب لم يذكره فى الكتاب والصحيح أنه لا يصير محجورا اه قال رحمه الله ﴿والاستيلاد﴾ يعنى الامة المأذون لها تصير محجورة باستيلاد المولى لها وقال زفر لا تصير محجورا عليها به وهو القياس لان المولى لو أذن لام ولده ابتداء يجوز فالنفى أولى وقد تقدم ما فيه وجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمهات الاولاد وأنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال فى المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه بخلاف ما لو أذن لام ولده صريحا كما تقدم ونظيره اذا قدم لآخر طعاما ليأكله حل له التناول فاذا نهاه صريحا حرم عليه التناول لقوة الصريح قال فى المنتقى رجل وطئ جارية عبده المأذون فجاءت بولد فانه يأخذها وعليه قيمتها لان للمولى فيها حق الملك وذلك يكفى لصحة الاستيلاد كالاب اذا وطئ جارية ابنه وادعاه فان استحقها مستحق أخذها وعقرها وقيمة الولد ولا يرجع المولى بالضرر لانه ليس بشراء ولكن يرجع بقيمتها على عبده ولو وطئ جارية عبده المأذون ولا دين عليه فان استحقت رجع العبد على البائع بالثمن و بقيمة الولد قال رحمه الله ﴿لا بالتدبير﴾ يعنى المأذون لها لا تصير محجورا عليها بالتدبير لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة ولم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافى بين حكمى التدبير والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية فى الحال وحقيقة الحرية فى المآل وحكم الاذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فك الحجر وفى الجامع الصغير للحسامى جارية أذن لها مولاها فى التجارة فاستدانت أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهى مأذونة والمولى ضامن لقيمتها للغرماء ولو وطئها فجاءت بولد فادعاه حجر عليها ويضمن قيمتها للغرماء اه قال رحمه الله ﴿ويضمن بهما قيمتهما للغرماء﴾ يعنى ضمن المولى بالتدبير والاستيلاد قيمتهما لانه أتلف بالتدبير والاستيلاد تعلق حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعها وبالبيع يقضى حقهم قال فى المحيط فاذا ضمن المولى القيمة لا سبيل لهم على العبد حتى يعتق وان شاؤا لم يضمنوا المولى القيمة واستسعوا العبد فى جميع دينهم عليه دين لثلاثة لكل ألف اختار اثنان ضمان المولى فضمناه ثلثى قيمته واختار الثالث استسعاء العبد فى جميع دينه جاز ولا يشارك أحدهما الآخر فيما قبض بخلاف ما اذا كان الغريم واحدا فاذا اختار أحدهما بطل حقه فى الآخر كما تقدم وظاهر قوله وضمن ان يضمن القيمة مطلقا مع ان الضمان يتوقف على اختيار الغرماء فلو زاد ان شاؤا لكان أولى قال رحمه الله ﴿وان أقر بما فى يده بعد حجره صح﴾ وهذا عند الامام سواء أقر أنه أمانة عنده أم غصب أو أقر بدين فيقضيه منه وقالا لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح لاقراره الاذن وقد زال بالحجر ويده عن أكسابه قد بطلت بالحجر لان يد المحجور غير معتبرة فصار كما لو أخذه المولى من يده بعد الحجر قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع وكان عليه دين مستغرق لما فى يده بعد الحجر فاقر بعده أو كان الذى فى يده من المال حصل بعد الحجر بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح اقراره فى رقبته بعد الحجر حتى لا تباع رقبته بالدين بالاجماع ولا يلزم على هذا عدم أخذ المولى ما أودعه عبده الغائب المحجور عليه لانه منع المولى من أخذه هناك فيما اذا لم يعلم أنه كسب العبد فلو علم أنه كسب عبده كان له أن يأخذه ووجه الاستحسان ان المصحح للاقرار بعد الحجر هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر فيما أخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر فراغ ما فى يده من الاكساب عن حاجته واقراره دليل على حاجته بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار وبخلاف اقراره بعد ما باعه المولى من غيره لانه بالدخول فى ملكه صار كعين أخرى ولما عرف ان تبدل الملك كتبدل العين وبخلاف ما اذا كان عليه دين مستغرق لان حق أصحاب الدين تعلق بما فى يده فلا يقبل

اقراره فى ابطال حقهم فيقدمون كالمريض اذا أقر وبخلاف رقبته فانها ليست فى يده وفى المحيط لو أقر بعد ما حجر عليه وكانت فى يده ألف أخذها مولاه فاقر انها وديعة لفلان ثم عتق لم يلزمه شئ لانه محجور أقر بعين وليس فى يده من كسب الاذن شئ فلا يصح اقراره ولو أقر انها كانت غصبا فى يده لزمه اذا عتق ولو لم يأخذ منه الوديعة ولكن كان عليه دين فقضاه لزمه اذا عتق ولو حجر عليه وفى يده ألف فاقر بها لرجلين لاحدهما دين ألف وللآخر ألف وديعة فلا يخلو اما أن يقر بهما منفصلا أو متصلا وكل وجه اما أن يقر بالدين أولا ثم بالوديعة أو بالوديعة ثم بالدين فان أقر بهما منفصلا بان قال على ألف درهم وسكت ثم قال هذه الالف وديعة لفلان فعند الامام الالف كلها للمقر له بالدين لانه لما أقر بالدين أولا تعلق بها حق صاحب الدين وصارت الالف مشغولة بها فاقراره بالوديعة بعد ذلك يتضمن ابطال اقراره بالدين فلا يقبل وعندهما يكون بينهما وان أقر بالوديعة أولا ثم بالدين فالالف كلها للمقر له بالوديعة وأما اذا أقر بهما متصلا بان قال بادئا بالدين لفلان على ألف دين وهذه الالف وديعة لفلان تكون الالف بينهما نصفين ولو بدأ بالوديعة ثم بالدين فالالف كلها لصاحب الوديعة عند الامام بيان ذلك اذا أقر بالدين أولا ثم بالوديعة فالبيان وجد والمحل فى ملكه صح البيان منه فيتنصف الالف بينهما وهذا بيان بعين لا تقدير فيصح موصولا لا مفصولا واذا أقر بالوديعة أولا ثم بالدين فالبيان وجد والالف ليست فى ملكه ولا يتعلق حق المقر له بالدين بتلك الالف ولو ادعيا عليه فقال صدقتما كانت الالف بينهما نصفين عند الامام وعندهما الاقرار باطل ويؤخذ العبد بالدين بعد العتق ولو وهب رجل لعبد محجور ألفا فلم يأخذها المولى حتى استهلك لرجل آخر ألفا ثم استهلك لرجل آخر ألفا كانت الالف للمولى والدينان فى رقبته ولو استهلك ألفا ثم وهب له الالف ثم لحقه دين آخر تصرف الهبة الى الدين الاول وهو الذى استهلكه دون الثانى لان الدين الثانى لزمه وليس له كسب ولم يعين المؤلف المقر له فشمل المولى وفى الاصل واذا أقر العبد المأذون لمولاه ان أقر بالدين لم يصح اقراره سواء كان يمكنه دين أولا وان أقر له بعين فى يده ان كان عليه دين لا يصح اقراره وان لم يكن عليه دين صح اقراره وفى الذخيرة العبد المأذون اذا التقط لقيطا ولا يعرف ذلك الا بقوله فقال المولى كذبت بل هو عبدى فالقول للمأذون لانه اقرار على نفسه ألا ترى أنه لو أقر بعين فى يده لغير المولى صح اقراره وان كذبه المولى فى قوله قوله وان أقر الخ صادق بما اذا لم يكن عليه دين مستغرق أولا وصادق بما فى يده كسبه قبل الحجر أو بعده وصادق بما اذا ثبت الحجر بالبيع أو بغيره وليس كذلك فلو قال وان أقر غير مستغرق بعد حجره بما فى يده قبله مع بقائه للآذن حق فيخرج المستغرق فان اقراره لا يصح وبقولنا قبله يخرج ما حصل بعده وبقولنا مع بقائه يخرج ما اذا حجر عليه بالبيع وأفاد ان الاقرار المذكور لا يتعلق به فيه لقوله بما فى يده قال رحمه الله ﴿ولا يملك سيده ما فى يده لو أحاط دينه بما فى يده ورقبته﴾ وهذا عند الامام وقالا يملك ذلك لان ملك الرقبة سبب لملك كسب اليد واستغراقها بالدين لا يوجب خروج المأذون عن ملكه ولهذا املك وطء المأذونة فكذا كسبه الذى فى يده لانه يتبع أصله فيكون مثله ولابى حنيفة ان ملك المولى انما يثبت فى ملك العبد التاجر عند فراغه عن حاجته والمحيط خلافه عنده ٧ مشغول بحاجته فلا يملك قال فى العناية الدين لا يخلو اما ان يحيط بماله ورقبته أو لا يحيط أو أحاط بماله دون رقبته أو برقبته دون ماله وأطلق فى دين العبد فشمل ما اذا كان حالا أو مؤجلا وفى العتابية ولو باع المولى المأذون أو كسبه والدين مؤجل جاز ويضمن اذا حل الاجل وفى المحيط عبد عليه دين الى أجل فباعه مولاه جاز ونفذ لان العبد ما به حق الغريم ولا منفعة فاذا حل الاجل ضمن المولى قيمته وفيه أيضا ولا يجوز هبة مال عبده المأذون المديون وان أجازه الغرماء لانه تعلق الدين بماليته ولو وهب عبده المأذون المديون ذكر فى بعض الروايات أنه لا يجوز وفى بعضها يجوز قيل ما ذكر أنه يجوز محمول على ما اذا لم يقض المولى دينه أو لم تبره الغرماء وفيه أيضا وهب عبده المأذون المديون من رجل وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الحال أن ينقض البيع فى الكل ولو عيب الموهوب له العبد ضمن المولى لرب الدين نصف قيمته وظاهر قوله ولصاحب الحال النقض وما قبله ان الدين اذا كان مؤجلا ملك المولى ولو كان الدين مستغرقا ولو قيد به لكان أولى قال رحمه الله ﴿وبطل تحريره عبدا من كسبه﴾ وهذا عند الامام ولما كان العتق أقوى نفاذا من غيره صرح به ليفيد ان تصرف المولى فى غيره باطل بالطريق الاولى وعندهما ينفذ عتقه وهو نظير المكاتب فان للمولى يملك رقبته حتى يعتق باعتاقه ولا يملك ما فى يده من أكسابه حتى لا ينفذ اعتاقه فيه فاذا نفذ عتقه فى رقبة المأذون له عنده وعندهما فيه وفى كسبه يضمن للغرماء قيمته لانه أتلف بالاعتاق ما تعلق به حقهم وكذا لو أتلف المولى ما فى يده من العبيد بالقتل يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال

عنـدهمالانه ملـكه لتعلق كسب العبد كـذلك وعندهماينفذو يضمن حق الغير به وعنده فى ثلاث سنين لانه ضمان حيانه لعـدم ملـكه ولواشـترى ذارحم محرم من المولى لم يعتق عنـده لعدم الملك وعندهما يعتق ولواستولدجارية عبده المأذون له وعليه دين مسـتغرق صارت أم ولدله ويضـمن قيمتهاولا يضمن عقرها ولاقيمة ولدها وهذا باتفاق لان عندهماملـكه ثابت حقيقـة وعنـده صادف حق الملك ولهذا يجوز للمولى أن يتزوجها ولوأعتقها المولى وعلى العبد دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيـلاد وعليـه العـقرلها ويثبت نسب الولدمنـه عندأبى حنيفة لان العتق توقف عنده على ان ينفذعند تملك الجارية ألاترى أنه لو قضى دين الغرماء أوأبرأ الغرماء العبـدمن ديونهم حـتى ملك الجارية نفذ عتقه فـكذا اذاملك الجارية بالاستيلاد ولو تزوج جارية عبـده المأذون المديون لايجوز ذكره فى المحيط وذكر المولى مثال فان العبـد المأذون المديون اذاباعه المولى من غـيراذن الغرماء وأعتقـه المشـترى قبل قبضه ينفذعتقه ان أجاز الغرماء البيع أوقضى المولى دين الغرماء وان أبرأ الغرماء العبـد عن الدين ينفـذ عتق المشـترى فان أبى الغرماء أن يجيزوا البيع والمولى لم يقض دينـه فانه يبطل عتقه و يباع العبد للغرماء بدينهم هكذاذكر فى الاصل مطلقاوهذا الجواب الذى قالوا لا يشكل على قول أبى حنيفة وأبى يوسف أما على قول محمد رحمه الله تعالى فنهم من قال لايقف عتق المشترى على قول محمد ومنهم من قال ماذكروه لهم جميعا وعلى قول محمد يحتاج الى الفرق بين هذا و بين المشترى من الغاصب هذا اذاعتق المشترى قبل القبض وأما اذا قبض العبد ثم أعتقه فانه ينفذ عتقه واذاتقدم عتق المشترى بعد القبض فالغرماء بعدهذا بالخيار ان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن وان شاؤا ضمنوه القيمة هذا اذا أجازوا بيع المولى وان ضمنوا قيمته للمولى فبيع المولى ينفذو يسلم الثمن للمولى ولوكان المشترى باع العبد بعدماقبضه أووهبه وقبضه الموهوب له ثم حضر الغرماء وأجازوا بيع المولى ينفذ بيع المشترى وهبته من غيره ولوقال المؤلف فيتوقف تحريره لـكان أولى لان غايته تصرف فضولى وقدأفاد فى المحيط فى مسئلة الامة المستولدة انه موقوف فالعتق كـذلك قال رحمه الله ﴿وان لم يحط صح﴾ يعنى وان لم يحط الدين برقبته و بمافى يده جاز عتقه وهذا بالاجماع اماعندهمافظاهر وكذا عنده فى قوله الآخر وفى قوله الاول لايملك فلايصح اعتاقه لان الدين يتعلق بكسبه وفى حق التعلق لافرق بين القليل والكثير كما فى الرهن و وجه قول الآخر ان الشرط هو الفراغ و بعضه فار غ و بعضه مشغول فلايجوزان يمنع الملك فى الحال لان شرط عدم الملك لم يوجد ولا يجوزان يمنع بقدره لان البعض ليس باولى من البعض الآخر كذا نقله الشارح وفى الهداية وان لم يكن محيطا بماله جاز عتقه ولم يذكر رقبته وهذا هو القسم الثالث من الاقسام التى ذكرناها قال فى العناية واذالم يكن محيطا بماله ورقبته جاز عتق المولى عبدامن كسبه قال فى بيوع الجامع الصغير عن يعقوب فى رجل أذن لعبده فى التجارة فاشترى عبدايساوى ألفاوعلى الاول ألف دين فاعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز وان كان الدين ألفى درهم مثل قيمته لم يجز عتقه اه ولايخفى أن انفاذ العتق على قول الامام فيمالو أحاط بكسبه اشـكال لان حاصل مذهبه انه ملك المولى بطريق الخلافة عند الفراغ وهذاليس بفارغ فظهر ان ذكرالرقبة لافائدة فيه وأن المراد بالصحة النفاذ قال رحمه الله ﴿ولم يصح بيعه من السيد الا بمثل القيمة﴾ لانه لاتهمة فى البيع بمثل القيمة فيجوز و باقل منه فيه تهمة فلا يجوز سواء كان النقصان كثيرا أوقليلا والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ لاجل الغرماء لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم وقيد بالسيد لانه لوحابى لاجنبى عند الامام جاز لانه لاتهمة فيه و بخلاف مالو باع المريض عينامن وارثه بمثل القيمة حيث لايجوز عند الامام لان المريض ممنوع من ايثار بعض الورثة بها وفى حق غيرهم ممنوع عن ابطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل من القيمة و باقل منه الى ثلثى القيمة اذالم يكن عليه دين وهذا عند الامام وعندهما ان باع من المولى جاز فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولـكن يخير بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع لان فى المحاباة ابطال حق الغرماء فى المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الاجنبى بالغبن اليسير حيث يجوز و بخلاف مااذاباع من الاجنبى بالـكثير من المحاباة حيث لايجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز و يؤمر بازالة المحاباة ولا يجوز من العبد المأذون على أصلهما الاباذن المولى ولااذن وفى الـكافى وان باعه من المولى بنقصان لم يجز فاحشا كان أو يسيرا ولـكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع وهذا قول بعض مشايخنا وقيل ان الصحيح ان قول الامام فى هذه كقولهما وفى المحيط قول الـكل وقيل قولهما ولواستهلك المولى المبيع فى هذه الحالة لزمه تمام القيمة وفى التتارخانية برقم ومما يتصل بهذا الفصل اذاباع العبد المأذون بعض مافى يده من تجارة أواشترى شيأ ببعض المال من تجارة وحابى فى ذلك وكان ذلك فى مرض المولى ثم مات المولى من مرضه ذلك فعلى قول أبى حنيفة البيع جائز سواء

حابى

حابى فى البيع بمايتغابن الناس فى مثله أولا مالم تجاوز المحاباة ثلث مال المولى فاذا جاوز ثلث مال المولى فانه يخير المشترى وان شاء نقض البيع ولم يرد مازاد على الثلث بخلاف مالو كان المولى صحيحا وحابى العبد بما يتغابن فى مثله أولا يتغابن الناس فى مثله فانه يجوز عند أبى حنيفة كيفما كان جاوزت المحاباة ثلث المال أم لم تجاوز وهذا بخلاف المكاتب اذا باع أو اشترى وحابى فى مرض موت المولى فانه يجوز اذا لم يجاوز ثلث ماله فكذا العبد وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان باع واشترى بما يتغابن الناس فى مثله فانه يجوز و يسلم المشترى ولو باع واشترى وحابى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز البيع عندهما حتى اذا قال المشترى أنا أؤدى قدر المحاباة ولا ينقض البيع لا يكون له ذلك على قولهما هذا الذى ذكرنا اذا لم يكن على العبد دين فاما اذا كان عليه دين يحيط برقبته أو بما فى يده أو لا يحيط فباع واشترى وحابى محاباة يسيرة أو فاحشة فالجواب فيه عندهم جميعا كالجواب فيما اذا لم يكن على العبد دين قال الفقيه أبو بكر البلخى لا يوجد عن أصحابنا رواية فى كتبهم أن المحاباة اليسيرة فى المريض اذا لم يكن عليه دين تعتبر من ثلث ماله الا فى هذا الكتاب خاصة فهذه المسئلة من خصائص هذا الكتاب ولو كان الدين على المولى ولا دين على العبد فهذا على وجهين اما أن يكون محيطا بجميع مال المولى أو لا يكون محيطا بجميع ماله فان كان محيطا بجميع ماله فباع العبد واشترى وحابى محاباة فاحشة والمسئلة على الخلاف يخير عند أبى حنيفة وعندهما لا يخير المشترى وان كان على المولى دين لا يحيط بجميع ماله فالبيع من المأذون جائز بالمحاباة اليسيرة والفاحشة و يسلم ذلك المشترى ان لم تجاوز المحاباة ثلث ماله بعد الدين وان جاوز ثلث ماله بعد الدين يخير المشترى و يجعل بيع العبد كبيع المولى وهذا عند أبى حنيفة وعندهما ان كانت المحاباة يسيرة يجوز البيع والشراء و يسلم المشترى المحاباة ان لم يجاوز ثلث ماله بعد الدين وان لم تجاوز لم يسلم ويخير وان كانت المحاباة فاحشة لا يخير المشترى عندهما ولو كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما فى يده وعلى العبد دين كثير يحيط برقبة العبد و بما فى يده فالمحاباة لا تسلم للمشترى يسيرة كانت أو فاحشة هذا الذى ذكرنا اذا حابى المأذون فاما اذا حابى بعض ورثة المولى فان باع من بعض ورثة المولى وحابى وقد مات من مرضه ذلك كان البيع باطلا عند أبى حنيفة ولا يخير الوارث وعندهما البيع جائز و يخير الوارث فيقال ان شئت نقضت البيع وان شئت بلغت الثمن تمام قيمته ولا يسلم له شئ من المحاباة وفى السغناقى وان كان على المولى دين يحيط برقبة العبد و بما فى يده ولا مال له غيره فحابى فى مرض المولى لم تجز محاباة العبد بشئ وقيل للمشترى ان شئت انقض البيع وان شئت ادفع المحاباة كلها وان لم يكن على المولى دين جاز وفى المحيط الصبى المأذون باع من أبيه بما يتغابن فيه جاز ولو باع الاب ماله من ابنه بما يتغابن فيه جاز فاما بما لا يتغابن فيه الصحيح أنه لا يجوز وفيه أيضا واذا وكل العبد ببيع عبده فباعه من مولاه بأكثر من قيمته ثم حجر على عبده فاقر الوكيل بالقبض لم يصدق ولو باعه للغرماء وأقر صدق والفرق ان اقرار العبد بقبض الثمن من مولاه لا يصح للتهمة ومن الغرماء يصح لانه لا تهمة فيه اهـ وقوله من سيده يصدق بما اذا باع لوكيل سيده أو لابن سيده الذى يشترى للسيد فالظاهر ان الحكم كذلك بخلاف ما اذا كان يشترى الصغير لنفسه ولم أر من نبه على ذلك وهذا التنبيه من خصائص ذلك الكتاب وأطلق فى قوله من سيده فشمل ما اذا كان أصيلا أو وكيلا والظاهر فيما اذا كان وكيلا الجواز بغير قيد قال فى المنتقى ولو اشترى المولى من عبده شيأ لغيره بوكالة جاز الشراء ولم يجز قبضه وان صدقه الآمر فى القبض فقبضه المولى فمات فى يده ضمن الثمن للعبد و بطل البيع على الآمر وكذا شراء رب المال من المضارب عبدا لغيره بوكالة وقيمة العبد ألف ورأس المال ألف يجوز البيع ولم يجز قبضه قال رحمه الله ﴿وان باع سيده منه بمثل قيمته أو أقل صح﴾ لان المولى أجنبى عن كسب عبده اذا كان عليه دين كما هنا وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح وقيل هذا بيع لا يجوز لانه تعذر تجويزه لانه لا بد للبيع من ثمن والمولى لا يستوجب دينا على عبده فصار بيعا بلا ثمن فلا يجوز وجه ظاهر الرواية انه أمكن تجويزه بيعا من غير ثمن يجب على العبد للحال بل يتأخر الى وقت تسليم المبيع كما قلنا لو اشترى شيأ على انه بالخيار انعقد البيع و يتأخر وجوب الثمن الى سقوط الخيار وكذا اذا قبض الثمن ثم سلم المبيع يجب الثمن فى ذمة العبد بعد المبيع ثم سقط عنه قيد بقوله بمثل القيمة أو أقل قال فى المحيط ولو باع من عبده بأكثر من قيمته فالمولى بالخيار اما ان يأخذ مقدار قيمته أو ينقض البيع لانه رضى بزوال ملكه عن البيع بالمسمى واذا لم يسلم له المسمى كان له نقض البيع قال الشارح وقوله يؤمر بازالة المحاباة يدل على أن البيع يقع جائزا ويجوز ان يكون على الروايتين عند أبى حنيفة على ما بينا وفى المحيط ولو أقرض المولى عبده المأذون المديون ألفا فالمولى أحق بها وكذلك ان أودعه وديعة فاشترى العبد بها متاعا فالمولى أحق بالمتاع لانه بدل ماله والظاهر ان قوله من سيده مثال فلو باع وكيل سيده منه كان الحكم

كذلك قال رحمه الله ﴿ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه﴾ أى لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب بشئ لانه بتسليم المبيع سقط حقه فى الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج محاباة وفى الابانة وهذه المسئلة زيادة ذكرها فى المنتقى فقال عبد مأذون عليه دين باع المولى منه ثوبا فى يد المولى كان لثمن دينا للمولى على العبد فى الثوب يباع الثوب فيستوفى المولى دينه من ثمنه والفضل للغرماء وان كان فيه نقصان بطل ذلك القدر اه بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فملكه بعينه وعندهما تعلق بعينه فكان أحق به من الغرماء اذ هو ليس بدين يجب فى ذمة العبد ويجوز ان يكون عين ملكه فى يد عبده وهو أحق به من الغرماء كما لو غصب العبد شيأ من ماله أو ودع ماله عند عبده أو قبض المبيع بغير اذن المولى وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز ان يثبت للعبد المأذون المديون دين على مولاه ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيأ من اكتساب عبده المأذون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما فى يد العبد ويحبسه حتى يستوفى الثمن الا أن المولى لم يسقط حقه من العين الا بشرط ان يسلم له الثمن ولم يسلم فبقى حقه فى العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقى العين قائما فى يده لانه يجوز ان تكون العين المملوكة للمولى فى يد عبده فكذا يجوز ان يكون له ملك اليد فيه وأما بعد الاستهلاك فقد صار دينا فلا يمكن ايجابه من عبده اه قال رحمه الله ﴿وله حبس المبيع بالثمن﴾ أى للمولى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ولان للدين تعلقا بالعين لانه يقابله ويسلم بسلامتها فكان له شبهة بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما انه مقابل برقبته مع انه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما اذا سلم المولى المبيع أولا حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن دينا مطلقا فيسقط اه قال رحمه الله ﴿وصح اعتاقه﴾ أى جاز اعتاق المولى عبده المأذون المديون المستغرق بالدين وهذا بالاجماع لقيام ملكه فيه وانما الخلاف فى اكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد تقدم بيانه وفى المحيط ولو دبر المأذون المديون صح فان شاء الغرماء ضمنوا المولى قيمته ولا سبيل لهم على العبد حتى يعتق فاذا عتق فلهم ان يبيعوه بما بقى من دينهم رهن عبده المأذون المديون أو أجره وعليه دين الى أجل جاز واذا حل الاجل ضمنوا المولى قيمته فى الرهن دون الاجارة فان بقيت منها مدة فلهم ان يفسخوا الاجارة لانها تفسخ بالاعذار بخلاف الرهن ولو باعه المولى ثم اشتراه أو استقاله ثم حل الاجل لم يكن لهم على العبد سبيل وضمنوا المولى قيمته الا ان يرده عليه بعيب بقضاء القاضى أو بخيار لان حقهم قد بطل عن رقبته بالبيع وبرئ العبد عن الدين والبيع بالتراضى بيع جديد فى حق ثالث قال رحمه الله ﴿وضمن قيمته لغرمائه﴾ يعنى المولى يضمن قيمة المعتق لغرمائه لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ فاوجب الضمان دفعا الضرر الغرماء بخلاف ما اذا كان المأذون له مدبرا أو أم ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيأ فلو قال ولو قنا لكان أولى وان كان الدين أقل من القيمة ضمن قدر الدين لا غير وان كان الدين أكثر من القيمة ضمن قيمته بالغة ما بلغت لتعلق حقهم بماليته كما اذا أعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد بحيث لا يبلغ به دية الحر لان القيمة هناك بدل الآدمى من وجه فلا يبلغ به دية الحر وكذا لا يختلف بين ما اذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم وبخلاف اعتاق العبد الجانى حيث يجب على المولى جميع الارش ان كان اعتاقه بعد علمه بالجناية لانه الواجب فيها على المولى وهو يخير بين الدفع والفداء فيكون مختارا للفداء بالاعتاق عالما أولا كذلك هنا لان المولى ليس له شئ وانما يضمن باعتبار تفويت حقهم كاتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه وكذلك اذا كان الجانى مدبرا أو أم ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير ان يصير مختارا وهنا لا يجب لما بينا اه وقوله وضمن شمل ما اذا أعتق باذن الغرماء فللغرماء ان يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كعتق الراهن باذن المرتهن وهو معتبر لانه قد خرج من الراهن باذن المرتهن والمأذون المديون لا يبرأ من الدين باذن الغرماء اه ولو قال لغرمائه تضمينه قيمته لكان أولى ليفيد ان الضمان باختيار الغرماء اتباع المولى قال رحمه الله ﴿وطولب لغرمائه بعد عتقه﴾ يعنى لغرمائه ان يطالبوه بعد الحرية ان بقى من دينهم شئ ولم توف به القيمة لان الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما أتلف وهو القيمة والباقى عليه فيرجعون به عليه واذا اختاروا اتباع

أحدهم الا يبرأ الآخر كالكفيل والاصيل بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لان هناك الضمان واجب على أحدهما واذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر ضرورة وهنا واجب على كل واحد منهما دين على حدة وفى المحيط هذا اذا اختاروا الاتباع ولم يبرؤه من الضمان فاذا اختاروا اتباع المولى وأبرؤه من الضمان لم يكن لهم عليه سبيل قال فى المحيط وماقبضه أحدهم من العبد بعد العتق لا يشاركه فيه الباقون وماقبضه أحدهم من القيمه التى على المولى يشاركه فيه الباقون لان القيمة وجبت لهم على المولى بسبب واحد وهو العتق والدين متى وجب بسبب واحد لجماعة كان مشتركا بينهم قال رحمه الله ﴿وان باعه سيده وغيبه المشترى ضمن الغرماء البائع قيمته﴾ قيد بالتغييب قال فى العناية وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانه لا يضمن بهما بل لابد من التغييب وفيها أيضا معناه باعه بثمن لا يوفى ديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال اهـ فلو كان الثمن يوفى بديونهم فلا ضمان وكذا لو كان باذنهم وكذا لو كان الدين مؤجلا فباعه المولى با كثر من قيمته أو باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوا المولى قيمته وأفاد المؤلف ان البيع موقوف فيه كالبيع بخيار قال فى المحيط ولو وهب عبده المأذون المديون ذكر فى بعض الروايات انه يجوز وفى بعضها انه لا يجوز قيل ماذكر انه يجوز محمول على قضاء دينه أو ابراء الغرماء وماقيل انه لا يجوز محمول على ماقبل قضاء دينه وفى المحيط عبد عليه دين الى أجل فباعه أو وهبه مولاه جاز وتعذر لانه لا حق للغريم فى النقض لان العبد ملك المولى ولم يتعلق حق الغريم به لا يدا ولا منفعة ولا له حق استيفاء الدين من رقبته لان الدين المؤجل غير مطالب بايفائه واذا حل الدين ضمن المولى قيمته لان بيع المولى وجد بعد وجود سبب ثبوت حقه فى المطالبة بالبيع أو الاستسعاء وفى الدين واذا كان الدين واجبا قبل البيع لكن تاخرت المطالبة بالاجل ولولا بيع المولى لثبت حقهم فى رقبة العبد وبسبب بيعه السابق عجزوا عن استيفاء حقهم من رقبة العبد فصار البيع السابق مانع العبد عنهم للحال فيضمن قيمته لهم كالعبد اذا لحقته ديون ثم دبره المولى فالمولى يضمن قيمته للغرماء هذا وان رجع المولى فى هبته لم يكن لهم على العبد سبيل لان هبة المولى لما نفذت ولم يكن للغرماء حق النقض كان بمنزلة ما نفذ باذنهم وانتقل حقهم من العبد الى القيمة وان أذن له مرة بعد مارجع فى الهبة فلزمه دين يباع ويقسم ثمنه بين الآخرين دون الاولين لان الثمن بدل الرقبة والرقبة بالاذن الثانى صارت مشغولة بدين آخر خاصة لانها فرغت عن شغل الاولين لان المولى ضمن القيمة للاولين فقد برئ العبد عن حقهم مادام رقيقا لانه وصل اليهم بدل الرقبة فكانت الرقبة مشغولة بدين الآخر خاصة وكان ثمنها لهم خاصة والقيمة للاولين خاصة فان مات المولى ولا مال له غير العبد بيع وبدئ بدين الآخرين فان فضل شئ كان للاولين لان الثمن قام مقام الرقبة وقد اجتمع فيه دين العبد وهو دين الآخرين ودين المولى وهو القيمة للاولين فيقدم فيه دين العبد فى القضاء وان كان على المولى دين سوى ذلك ضرب فيه غرماء المولى بدينهم وللاولين بقيمة العبد لان الكل دين المولى وقد اجتمع فيما بقى من الثمن وضاق عن ايفاء الكل فيضرب كل واحد بحقه ولو وهب العبد وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الدين الحال ان ينقضه فى الكل لان حقه وان كان فى نصف الرقبة ولكن له حق النقض فى الكل نفيا للضرر عنه لانه متى نقض فى النصف شائعا يباع بدينه نصف العبد وثمن نصف العبد متى بيع بانفراده أنقص من ثمن نصفه متى بيع جملة لان الاشقاص لا تشترى بمثل ماتشترى الاشخاص ولو غيبه الموهوب له ضمن المولى لصاحب الحالة نصف قيمته لان حقه فى نصف العبد وبالتغييب عجز عن الوصول الى حقه فان لم يحل دين الآخر حتى رجع فى هبته باع له نصفه لان برجوع المولى فى الهبة عاد الى قديم ملكه ولو اعور قبل ان يضمن المولى ربع حصته لصاحب الاجل يباع نصفه فى دينه لان نصفه تلف عند الموهوب له فان العين من الآدمى نصفه ولو تلف كل العبد يضمن له نصف القيمة فاذا تلف عنده نصفه بالاعورار يضمن له ربع القيمة ويباع نصفه فى دينه لانه له النصف وان اعور بعد مارجع فى هبته لم يضمن المولى شيأ لصاحب الاجل ويباع نصفه معورا لان بالرجوع عاد العبد الى قديم ملكه فقد ارتفع السبب الموجب للضمان لانه عاد حق الغريم فى البيع والاستسعاء كما كان ولهذا لو هلك الكل فى يد الواهب بعد الرجوع لم يضمن فكذا اذا هلك بعضه قال رحمه الله تعالى ﴿وان رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء فى العبد﴾ لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التى دفعها اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه

بخيار الرؤية أو الشرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضى اقالة وهو بيع فى حق غيرهما وان فضل من دينهم شئ رجعوا به على العبد بعد الحرية وفى المحيط اذا باع القاضى وهلك الثمن فى يده ثم وجد المشترى به عيبا فرده فباعه مرة أخرى وقضى المشترى ثمنه وكذا لو باعه مولاه بامره الا ان الامين لا يضمن النقصان والمولى يضمن النقصان ثم يرجع به على الغرماء لان المولى عليه عهدة ولو باعه مولاه وضمن قيمته للغرماء ثم وجد به عيبا فلم يرده عليهم ثم حدث به عيب آخر رجع على البائع بنقصان العيب الاول من الثمن ولم يكن على البائع شئ من تلك القيمة ولا يرجع بالنقصان على الغرماء وهذا قول الامام وعندهما يرجع على الغرماء بحصة العيب وهذه فروع المسئلة المذكورة فى الصلح وهى ان من اشترى عبدا فباعه من غيره ثم ان المشترى الثانى وجد فيه عيبا فمات فى يده رجع على بائعه بنقصان العيب ولا يرجع بائعه على بائعه بذلك عند الامام خلافا لهما وقيل هذا قولهم جميعا وهو الظاهر والفرق بين هذه ومسئلة الصلح انهم هنا الغرماء يقولون للمشترى انك التزمت هذه الغرامة بطيب من نفسك فانك كنت ممكنا من رد العبد علينا فلا يلزمك هذا النقصان فلما لم تفعل فقد التزمت هذه الغرامة ولو ادعى المشترى عيبا يحدث مثله فصالحه من دعواه مع المشترى على شئ ليس له ان يرجع على بائعه لانه رضى بالتزامه هذه الغرمة اه قال رحمه الله ﴿أو مشتريه﴾ وهو معطوف على البائع لان كل واحد منهما متعد فى حق الغرماء البائع لما ذكرنا والمشترى بالشراء والقبض والتعييب قال رحمه الله ﴿أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن﴾ أى الغرماء ان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا آخذ القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما اذا باع الراهن الرهن ثم أجاز المرتهن البيع بخلاف ما اذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجاز لانها وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه فحاصله ان الغرماء يخيرون بين ثلاثة أشياء اجازة البيع وتضمين أيهما شاؤا ثم ان ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع لان أخذ القيمة منه كاخذ العين وان ضمنوا البائع سلموا المبيع للمشترى ولزم البيع لزوال المانع أيهما اختار تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه وان تويت القيمة عند الذى اختاره لان المخير بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعد ما اختار وا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضى قضى لهم بالقيمة ببينة أو باليمين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى لهم بالقيمة وان شاؤا ردوها وأخذوا العبد فيبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب فى ذلك كذا ذكره فى النهاية وعزاه الى المبسوط قال الشارح الحكم المذكور فى المغصوب مشروط بان تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط أن تدعى الغرماء أكثر مما ضمن وان كمال حقهم لم يصل اليهم بزعمهم و بينهما تفاوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا ملخصا اه ويجاب عنه انه لما كانت السعاية بها يحصل لهم كمال ماله لم يظهر ما ذكره الشارح وشرطوا دعواهم ولم يتعرضوا لحكم الثمن اذا ضاع وفى العناية ولو هلك الثمن فى يد المولى وقد أجازوا الغرماء البيع لا ضمان عليه ولو أجاز بعض الغرماء البيع وضمن البعض جاز قال رحمه الله ﴿وان باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء رد البيع﴾ لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفى كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل و بالبيع تفوت هذه الخيرة وكان لهم رده وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع فى حق المتعاقدين وان لم يكن لازما فى حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يوفى بديونهم وان كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء يتأخر بخلاف الحال وفى النهاية زاد أو رضى الغرماء بالبيع فلا يكون لهم الرد وهذا بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز له أن يبيعه لان المرتهن ملك الرقبة فلا يقدر على تسليمه ولا يد للغرماء فى العبد المأذون ولا فى كسبه واذا لم يوجد شئ مما ذكرنا من تأجيل الثمن وطلب الغرماء وفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز باجازة الغرماء وهى مسئلة الكتاب على ما بينا وذكر محمد فى الاصل انه باطل واختلفوا فى معناه فقال بعضهم معناه انه سيبطل لان للغير حق ابطاله وقال بعضهم معناه انه فاسد بدليل ما قال فى الاصل انه اذا أعتقه المشترى بعد القبض أو دبره صح ذلك و يلزمه قيمته وفى العناية فان قيل اذا باع المولى عبده الجانى بعد العلم بالجناية كان مختارا الفداء فما باله ههنا لا يكون مختار القضاء الدين من ماله الجواب بان موجب الجناية

الدفع

الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب فى ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقال أنا أقضى دينه وذلك عدة بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلا يتعين عدة والجواب ان العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به لانه لا دليل على غيره واذا جنى العبد المأذون طولب المولى بالدفع أو الفداء لان الخصم فى رقبة العبد المأذون هو المولى لانها كسب المولى لا كسب المأذون ولهذا والدعى انسان فى رقبته حقا ينتصب المولى خصما للمدعى لا المأذون وكذا الاتباع رقبة المأذون المديون الا بحضرة المولى لعله يختار الفداء لان الاذن للعبد لا يعجز المالك عن الدفع لانه باق على ملكه وكل تصرف أصابه المالك فى العبد ولا يعجزه عن الدفع لا يصير به مختار الما بين فى كتاب الجنايات وان دفعه بالجناية فلحقه دين بيع فى الدين و يرجع أصحاب الجناية بقيمته على مولاه لان حقهم ثبت فى عبد فارغ عن الدين وانما صار مشغولا من جهة المولى بعد ثبوت حقهم فصار المولى ضامنا بخلاف ما لو جنى العبد بعد لحوق الدين ودفعه المولى الى أصحاب الجناية ثم تبع العبد بعد الدفع بدين الغرماء لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشئ لانه وصل اليهم قدر حقهم فان حقهم فى عبد مشغول بالدين يباع فيه وقد وصل اليهم كذلك وكذلك لو أذن له ولم يلحقه دين حتى قتل رجلا خطا ثم لحقه دين ألف درهم فدفع بالجناية و بيع فى الدينين رجع صاحب الجناية الاخيرة على مولاه بنصف قيمة حصته من الدين الباقى لانه لو وجب الدينان قبل الجناية لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشئ ولو وجب الدينان بين الجناية يرجع أصحاب الجناية على المولى بجميع قيمة العبد واذا وجب أحدهما قبل الجناية والآخر بعدها كان لكل دين حكم نفسه أقر على عبده بجناية ثم بجناية دفع اليهما نصفين ثم يرجع صاحب الجناية الاولى على المولى بنصف قيمته اذا تكاذب الاولياء لان الاقرار بالجناية الثانية اقرار بتملك العبد من أولياء الجناية وصحة تمليك العبد من أولياء الجناية لا يمنع صحة الاقرار بالجناية الثانية و بالاقرار بالجناية لا يصير مختار الفداء ولا ضامنا قيمة العبد لانه لا يعجز عن الدفع و يمكنه دفع جميع العبد الى أصحاب الجناية الاولى على عبده المأذون دين معروف أو أقر به المولى ثم أقر عليه بجناية لم يصدق الا أن يقضى دينه ولو كان عليه جناية معروفة وأقر المولى على عبده بالجناية الثانية صح اقراره والفرق ان دين العبد يمنع المولى من تمليك العبد من غيره الا برضا الغرماء ألا ترى لو باعه أو وهبه كان لهم أن ينقضوا فكذا يمنع صحة الاقرار بما يوجب تمليكه من غيره فاما جناية العبد لا تمنع المولى من تمليك العبد من غيره ألا ترى لو باعه أو وهبه من غيره صح ولم يكن لولى الجناية نقضه وفقهه ان دين العبد واجب فى ذمة العبد لا فى ذمة المولى وتعلق بماليته والمالية فى العبد والحق الثابت فى العين يعجز المالك من تمليكه من غيره ولا يتضمن ابطال حق الغير كحق المرتهن فى الرهن فاما موجب جناية العبد تجب فى ذمة المولى وهو الدفع أو الفداء الا انه يتعلق بالعبد وهو دفعه ولا يتعلق بماليته واذا كان موجب الجناية يتعلق بذمة المولى فلا يعجزه عن التصرف فيه لانه تصرف فى محل خالص له لا حق للغير فيه الا انه اذا استهلكه ضمن قيمته لان العبد محل اقامة حقهم وهو الدفع فصار كنصاب الزكاة وجبت فيه الزكاة ولا يحجر المالك عن التصرف فيه واذا استهلكه ضمن فكذا هذا ولو قتل رجلا عمدا وعليه دين فصالح المولى على ان جعل العبد لاصحاب الجناية بحقهم لم يجز وليس لهم أن يقتلوه وقد سقط القصاص ويباع فى الدين فان فضل شئ كان لصاحب الجناية والا فلا شئ له على أحد أبدا لان تملك المولى العبد من ولى القصاص بالصلح لو صح يؤدى الى ابطال حق الغرماء وفى المحيط محجور اشترى ثوبا ولم يعلم مولاه بذلك حتى باع العبد ثم أجاز شراءه لم يجز الشراء أبدا ولو باع ثوبا من رجل ثم ان المولى باع العبد وأجاز البيع جاز لان بيع العبد لم يفسخ البيع الموقوف فالاجازة صادفت عبدا موقوفا فصحت عبد محجور ادان رجلا فنهى مولاه من عليه الدين أن يدفع الى العبد فقضى الغريم عين ما أخذه برئ عند الامام فى الوجهين لان الادانة من المحجور عليه موقوفة وحقوق العقد ترجع الى العاقد فى الثابت والموقوف جميعا كما فى الفضولى اذا أدان ماله غيره فقضاه المديون برئ فكذا هذا وفى المحيط عبد محجور عليه دين ا كتسب دراهم بغير اذن السيد واشترى بها ثوبا والسيد ينظر اليه فسكت صار العبد مأذونا فى التجارة وللمولى أن يرجع بالدراهم على البائع ويرجع البائع بالدراهم دينا على العبد محجور اشترى دارا وباعها ثم بلغ المولى فاجاز البيع والشراء قال يجوز الشراء ولا يجوز البيع لانه لما أجاز الشراء فقد ظهر ملك المولى باتا على موقوف فابطله وفى المحيط أسروا العبد المأذون وأحرزوه ثم ظهر المسلمون عليهم أخذه مولاه بغير شئ قبل القسمة و بعدها بقيمته فان كان جنى جناية وكان عليه دين لزماه قال رحمه الله ﴿وان غاب البائع فالمشترى

ليس بخصم لهم ﴾ يعنى لو باع المولى عبده المأذون المديون وقبض الثمن وتسلمه المشترى ثم غاب البائع لا يكون المشترى خصما للغرماء اذا أنكر المشترى الدين وهذا عند الامام ومحمد وقال أبو يوسف يكون المشترى خصما ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها اليه ثم غاب المشترى والواهب ثم حضر الشفيع فالموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا له هو يقول ان ذا اليد يدعى الملك لنفسه فى العين فيكون خصما فيها كما لو ادعى ملك العبد ولهما ان الدعوى تقتضى فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشترى فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه بخلاف ما اذا ادعى الملك لان صاحب اليد يظهر فى الانتهاء انه كان غاصبا منهم والغاصب يكون خصما وبخلاف دعوى الرهن لان فيه فائدة لان الرهن لا يباع ولو صدق المشترى فى الدين كان للغرماء أن يردوا المبيع بالاجماع لان اقراره حجة عليه فيفسخ بيعه اذا لم يوف الثمن بديونهم ولو كان البائع حاضرا والمشترى غائبا فلا خصومة بينهم وبين البائع بالاجماع حتى يحضر المشترى لان الملك واليد للمشترى ولا يمكن وهو غائب ابطالهما لكن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لانه صار ملزما بحقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع وكان الثمن للبائع وان اختاروا اجازة البيع أخذوا الثمن ولو قال اذا غاب أحدهما فالحاضر ليس بخصم اذا أنكر لكان أولى اهـ قال رحمه الله ﴿ومن قدم مصرا وقال أنا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة﴾ يعنى يقبل قوله فى الاذن فى حق كسبه حتى تقضى بها ديونه والمسئلة على وجهين أحدهما ان يخبر ان المولى أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق وجه الاستحسان ان الناس يعاملونه من غير اشتراط شئ من ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس ولان فى ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس أمره اتسع بحكمه وما عملت بليته اتسعت قضيته والثانى أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشئ ففى الاستحسان يثبت اذنه لان الظاهر انه مأذون لان عقله ودينه يمنعه عن ارتكاب المحرم لان الظاهر هو الاصل فيعمل به فصح تصرفاته وان لم يوف الكسب بالدين لا تباع رقبته لانها ملك المولى فلا يصدق فيه ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن تباع فيه كما لو كان المديون مدبرا أو أم ولد بخلاف الكسب فان المولى لا يملكه وفى المحيط لو جاء بأمة فقال هذه أمتى فبايعوها فولدت ثم استحقت ضمن لهم قيمتها وقيمة أولادها ولا يضمن ما وهب لها وما اكتسب ويضمن القيمة فى يوم الاستحقاق لا يوم الغرور ولو قال لاهل السوق بايعوه ثم نهى واحدا أو اثنين عن مبايعته ثم استحق لم يضمن لمن نهاه لان التخصيص فى الحجر عن المبايعة صحيح ولو دخل رجل بعبده من السوق وقال هذا عبدى وقد أذنت له فى التجارة وقد لحقه دين ثم وجدحرا لم يكن غارا ولو قال بايعوه ضمن لهم الاقل من القيمة ومن الدين والفرق ان الامر بالمبايعة لا ينفك عن وجوب الدين والاذن ينفك ولو قال هذا عبدى فبايعوه وقد أذنت له فى التجارة ولو لم يقل أذنت فهو غار ولو قال هذا مدبرى قد أذنت له فى التجارة فلحقه دين فاستحقه رجل لم يضمن الذى غرهم شيأ ولو قال بايعوه فى البر ضمن اذا بايعوه فى كل نوع ولو قال أذنت له فى التجارة لاقوام باعيانهم فبايعوه وغيرهم فوجد حرا أو مستحقا للغير ضمن لمن أمره خاصة فان قلت قد تقدم ان العبد يباع فى الدين اذا أذن له ولو لم يقل بايعوه وهنا لا يضمن الا اذا قال أذنت وبايعوه قلنا هذا ضمان غرور فلهذا ضمن لمن أمره خاصة قدر حصتهم لان الناس يتفاوتون فى المعاملات ولو قال بايعوه ولم يقل انه عبدى لم يكن غارا ولم يضمن لاحد شيأ ولو كان الذى قال هذا عبدى صبيا أو مكاتبا أو مدبرا لا تجوز كفالته لم يضمن شيأ اهـ وفيه لو قال هذا ابنى وقد أذنت له فى التجارة فبايعوه وقد كان ابن غيره فهو غار لانه أطمعهم ان ديونهم تجب فى ذمة الصبى وتستوفى من ماله بسبب اذنه وقد ظهر الامر بخلافه اهـ قال رحمه الله ﴿ فان حضر وأقر بالاذن بيع والا فلا ﴾ يعنى اذا حضر المولى وأقر باذنه بيع فى الدين لظهور الدين فى حقه باقراره وان قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر الا اذا أثبت الغرماء الاذن منه بالبينة كالثابت عيانا اذ هى مثبتة كاسمها قال رحمه الله ﴿وان أذن للصبى أو المعتوه الذى يعقل البيع والشراء وليه فهو فى الشراء والبيع كالعبد المأذون له﴾ فى جميع ما ذكرنا من الاحكام فلا يتقيد بنوع من التجارات دون نوع ويكون مأذونا بالسكوت حين يراه يبيع ويشترى وصح اقراره بما فى يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عند الامام خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام التى ذكرها فى العبد المأذون والمراد بكونه يعقل البيع ان يعلم ان البيع سالب للملك والشراء جالب وان يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش وقال لا تنفذ تصرفاته وبيان الدليل من الجانبين مذكور فى المطولات فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت

فى العبد من الاحكام يثبت فى الصبى المأذون مع التخالف فى بعضها وهو ان المولى محجور عن التصرف فى مال الصبى وان كان عليه دين محيط بماله والرواية فى المبسوط قلت الجواب من وجهين ان ماذكر فى الكتاب من التعميم فى تصرفات العبد فى ماله وتصرفات الصبى فى ماله لا فى تصرف المولى وعدمه فلا يرد نقضا والثانى وهو الفرق المذكور فى المبسوط انما ملك الاب والوصى التصرف فى مال الصبى سواء كان عليه دين أولا لان دين الحرية فى ذمته لا تعلق له بماله بخلاف العبد فان دينه يتعلق بماله والمراد بالولى ولى له التصرف فى المال وهو أبوه أو وصى الاب ثم جده ثم القاضى أو وصى القاضى وأما ماعدا الاصول من العصبة كالعم والاخ أو غيرهما أو وصيهم وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم له لانهم ليس لهم ان يتصرفوا فى ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف فى ماله فكذا يملكون الاذن له فى التجارة وكذا للصبى والمعتوه ان يأذن لعبده أيضا لان الاذن فى التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه ان يأذن لابيه المعتوه ولا ان يتصرف فى ماله وكذا اذا كان الابن مجنونا لان ولاية التصرف فى المال للقريب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الرأى ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك الاذن للصغير والمعتوه الذى بلغ معتوها واذا بلغ رشيدا ثم عته كان الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله يقول لا يصح الاذن له قياسا وهو قول أبى يوسف رحمه الله و يصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله تعالى وليس للصبى والمعتوه المأذون ان يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما لانه ليس من باب التجارة الا ان يأذن لهما المولى بالتزوج أو بتزويج الامة لان الولى يملك ذلك فيملك تفويضه اليهما بخلاف المولى فانه يملك تزويج عبده المأذون له فيملك العبد أيضا اذا فوض اليه وان كان لا يملك عند اطلاق الاذن خاصله ان الصبى والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له فى جميع ماذكرنا من الاحكام الا أن الولى لا يمنع من التصرف فى مالهما وان كان عليهما دين ولا يقبل اقراره عليهما وان لم يكن عليهما دين بخلاف المولى والفرق ان اقرار المولى عليهما شهادة لانه اقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وانما هو فى الذمة لانهما حران فكان للمولى عليهما ان يتصرف فيهما بعد الدين كما كان قبله فان قيل اذا لم يملك المولى الاقرار عليهما فكيف يملكانه ولا يتهما مستفادة منه قلنا انفك عنهما صار كما اذا انفك بالبلوغ فيقبل اقرارهما على أنفسهما بخلاف المولى لانه اقرار على غيره فلا يقبل على ما بينا ولانهما لو لم يقبل اقرارهما تمتنع الناس عن معاملتهما فلا يحصل المقصود بالاذن فالجأت الضرورة الى قبوله فيما هو من التجارة لان التجارة فيها حتى لو أقر بعين موروثة فى ملكهما لا يقبل اقرارهما فيما روى عن أبى حنيفة لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب التجارات وفى ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا ان انفكاك حجره بالاذن كانفكاكه بالبلوغ والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وغير الاب والجد لا يتولى طرفى عقد المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فيصير الواحد طالبا مطالبا ومسلما ومتسلما وهكذا الحال وكذا الاب والجد قياسا وهو قول زفر رحمه الله ويجوز استحسانا وهو انه لكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فجعل كأنه باعه منه وهو بالغ وهو يتحمل لحق الابوة لحقوق العقد نيابة عنه حتى اذا بلغ الصغير كانت العهدة على الصغير وفيما اذا باع ماله لاجنبى فبلغ الصغير كانت العهدة على الاب بطريق التحمل لا بحكم العقد لا يؤدى الى الاستحالة ولو اشترى مال ولده الصغير أو باع ماله منه بغبن يسير صح ويكفيه ان يقول بعته منه أو اشتريته له لان كلامه قائم مقام كلامين ولان نفس القبول لا يعتبر وانما يعتبر الرضا ولهذا ينعقد بالتعاطى من غير ايجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا ولو وكل رجلا بأن يبيع عبده من ابنه الصغير أو يشترى عبده الصغير له ففعل لا يصح العقد لعدم كمال هذه الشفقة فلا يمكن الحاقه بالاب فبقى على أصل القياس الا اذا كان حاضرا وقيل انه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على أبيه أو من جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه فانه مباح وللصغير فرض لانه من باب النظر فيجعل الاب متصرفا للصغير تحقيقا للنظر ولو وكل رجلا يبيع مال ولده فباع من موكله أو باع الوالد مال أحد ولديه بمال الآخر أو أذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهما وكيلا ووصيا صح ولو أذن لهما أو لعبديهما أو وصيهما فتبايعا لم يجز لانهما استفادا ولاية التصرف عنه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان بخلاف مالو أذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح فاذا فعل باذنه صح وصح بيع الوصى ماله من الصبى وشراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو ان يبيع مايساوى درهمين بدرهم وقيل مايساوى ألفا بثمانمائة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يجوز لما مر من الاستحالة وله ان الوصى مختار الاب ولكنه قاصر الشفقة فعند أبى حنيفة النظر يلحق بالاب و يروى رجوع أبى يوسف رحمه الله الى قول أبى

حنيفة رحمه الله وفي الجامع الكبير وان باع بمثل القيمة أو بأقل من قيمته بحيث يتغابن في مثله جاز وفي الخانية العبد والوصي اذا باع بغبن فاحش يجوز بيعه في قول الامام وفي جامع الفتاوى الاب اذا أذن لابنيه في التجارة ثم أمر رجلا أن يشتري من أحدهما شيأ للآخر لا يصح اذا كان هو المعبر عنهما وان عبر عن أحدهما والآخر عن نفسه جاز وفي الخانية وليس للصبي ان يزوج أمته في قول الامام والثالث لا يزوج أمته من عبده عند الكل وفي الذخيرة واذا حجر عليه القاضي أو الاب أو الوصي صار محجورا وكذا اذا مات الاب أو الوصي صار محجورا عليه واذا أذن لعبد ابنه ثم مات الابن وورثه الاب صار محجورا عليه وفي المحيط واذا باع صبي محجور عبده بألف درهم وضمن رجل للمشتري الدرك ثم دفع الثمن فاستحق العبد رجع المشتري بالثمن على الكفيل ولو دفع الثمن ثم ضمن لم يرجع لان الكفالة قبل قبض الثمن صحيحة وبعده فاسدة لان الثمن بعد قبض الصبي أمانة عنده لانه قبضه باذن المالك ٧ قال ادفع الثمن للصبي ليكون أمانة عنده على أني ضامن لك فيصير مستقرضا المال من المشتري ثم أمر بدفعه الى الصبي فينوب قبض الصبي عن قبض الضامن أوّلا ثم يصير قابضا لنفسه اهـ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الغصب ﴾

أورد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى صح اقرار المأذون به ولم يصح بدين المهر من أنواع التجارة دون الثاني اذ المغصوب مادام قائما بعينه لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبته وما في يده من مال التجارة الا أنه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية ونظر في هذه المناسبة بان الغصب عبارة عن ازالة اليد والازالة ليست من أنواع التجارة والذي أرى أن وجه المناسبة ماذكره صاحب غاية البيان حيث قال المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف لا بالاذن الشرعي فبينهما مناسبة المقابلة والكلام في الغصب من وجوه الاول في معناه لغة والثاني في ركنه والثالث في شرطه والرابع في صفته والخامس في حكمه والسادس في أنواعه والسابع في دليله والثامن في معناه عند الفقهاء فهو في اللغة عبارة عن أخذ الشيء على وجه الغلبة والقهر سواء كان متقوّما أو غيره يقال غصبت زوجة فلان وولده ويطلق على حمل الانسان على فعل مالا يرضاه يقال غصبني فلان على فعال كذا وركنه ازالة اليد المحققة واثبات اليد المبطلة وشرطه كون المغصوب قابلا للنقل والتحويل وصفته أنه حرام محرم على الغاصب ذلك وحكمه وجوب ردّ المغصوب ان كان قائما ومثله ان كان هالكا أو قيمته وأنواعه وهو على نوعين نوع يتعلق به المأثم وهو ماوقع عن علم انه مال الغير ونوع لا يتعلق به المأثم وهو ماوقع عن جهل كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له ودليله قوله تعالى وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا ومعناه عند الفقهاء ماسيذكره المؤلف قال رحمه الله ﴿هو ازالة اليد المحققة باثبات اليد المبطلة في مال متقوّم محترم قابل للنقل﴾ فقوله هو ازالة اليد المحققة أخرج زوائد المغصوب فانها غير مضمونة لانه ليس فيها ازالة وكذا لو غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن لعدم الازالة وقوله في مال شمل المال المتقوّم وغير المتقوّم وبقوله محترم أخرج الخمر والخنزير اذا كان لمسلم فانه لا يكون غاصبا وبقوله محترم أخرج مال الحربي فانه غير محترم وقوله قابل للنقل أخرج العقار ولا يخفى أن هذا التعريف غير جامع ولا مانع اما كونه غير جامع فانه لا يشمل ما اذا قتل انسان انسانا في معاركة وترك ماله ولم يأخذه فانه يكون غاصبا اذ لم تزل يد المالك ولم تثبت يده ولأنه لا يشمل ما اذا غصبها من يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن أو المودع أو غصب مال الوقف مع أنه لم تزل اليد المحققة وأفتى الامام ظهير الدين أنه لا يضمن فان الغاصب في هذه الحالة لم تزل يده يد المالك هنا بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها فيزاد في التعريف ٧ وبعضه ولذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده أو تقصير يده ان لم يكن في يده وأما كونه غير مانع فانه يصدق على السرقة فيزاد في التعريف على سبيل المجاهرة ولذا قال في البدائع على سبيل المجاهرة أخرج السرقة قال في الهداية بغير اذن المالك قال صاحب الاصلاح والايضاح بغير اذن قال في شرحه وانما لم يقل باذن مالكه لان كون المأخوذ ملكه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به في البدائع قال رحمه الله ﴿والاستخدام والحمل على الدابة غصب﴾ لانه باستخدام عبد الغير أو الحمل على دابة الغير بغير اذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة اثبات اليد ازالة يد المالك عنه فيتحقق الغصب فيضمن أطلق في الاستخدام فشمل ما اذا استخدمه في حاجة نفسه أو غيره وانما يكون غاصبا في الاول قال

في

فى فتاوى أهل سمرقند هذا اذا استعمله فى أمر من أمور نفسه أما اذا استعمله لافى أمر نفسه لا يصير غاصبا اهـ واستعمال عبد الغير غصب علم أنه للغير أو لم يعلم فلو جاءه وقال أنا حر فاستعمله كان غاصبا له وفى فتاوى أهل سمرقند اذا قال لعبد الغير ارق هذه الشجرة فأت بالمشمش لتأكل أنت فوقع من الشجرة فمات لم يضمن الآمر وفى السراجية وقيل يضمن ولو قال لآكل أنا وباقى المسئلة بحالها يضمن وفى الخانية رجل أرسل غلاما صغيرا فى حاجة بغير اذن أهله فرأى الغلام غلمانا يلعبون فانتهى اليهم وارتقى شجرة فوقع ومات ضمن الذى أرسله لانه غاصب له بالاستعمال وفى الينابيع لو استخدم عبد غيره أو قاد دابته أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها شيأ بغير اذن المالك ضمن سواء عطبت فى تلك الخدمة أو غيرها ولو أبق العبد فى حال الاستخدام ضمنه وفى أجناس الناطفى اذا استعمل العبد المشترك بغير اذن شريكه روى عن محمد لا يصير غاصبا وروى هشام أنه يصير غاصبا نصيب صاحبه وفى الدابة يصير غاصبا نصيب صاحبه بالحمل والركوب وفى الروايتين فظاهر عبارة المتن أنه يصير غاصبا بنفس الحمل حوّلها عن مكانها أو لا قال فى فتاوى أبى الليث ركب دابة بغير اذن مالكها ثم نزل عنها وتركها فى مكانها ذكر فى آخر كتاب اللقطة أنه يضمن والصحيح أنه لا يضمن حتى يحوّلها وفى الغياثية هو المختار وفى المنتقى لا ضمان عليه رجل تعدّى على ظهر دابة ولم يحوّلها عن موضعها وجاء رجل آخر وعقرها فالضمان على الذى عقرها وفى أجناس الناطفى رجل يكسر الحطب فجاء غلام وقال اعطنى القدوم حتى أكسر أنا مكانك فأبى صاحب الحطب فأخذ الغلام القدوم فكسر فضرب فوقع بعض المكسور على عين الغلام لا يكون على صاحب الحطب شئ ولو وجه جارية الى النخاس ليبيعها فبعثها امرأة النخاس فى حاجتها فهربت فالضمان على المرأة وفى فتاوى أبى الليث جارية جاءت الى النخاس وطلبت البيع ثم ذهبت ولا يدرى أين ذهبت وقال النخاس رددتها على مولاها فالقول له والمعنى أن النخاس لم يأخذ الجارية ومعنى الرد أمرها بالذهاب الى منزل السيد فلو أخذها النخاس أو ذهب بها الى منزل مولاها فلا يصدق فى قوله رددتها فلو قال رحمه الله وبالاستخدام له والحمل والتحويل لكان أولى لما علمت قال رحمه الله ﴿لا الجلوس على البساط﴾ لأن الجلوس على بساط الغير ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به المتعلق به عند التنازع مالم يصر فى يده والبسط فعل المالك فبقى أثر يد المالك فيه ما بقى فعله لعدم ما يزيله من النقل والتحويل قال رحمه الله ﴿ويجب رد عينه فى مكان غصبه﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد أى على صاحب اليد ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لاحد أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وان أخذه فليردّه عليه والمعنى أنه لا يريد أن يأخذه سرقة ولكن يريد ادخال الغيظ عليه ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهى مقصودة لان المالك يتوصل بها الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع أنها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه وأتم وجوهه رد عينه فى مكان غصبه لان المال يختلف باختلاف الاماكن ورد العين هو الموجب الاصلى لانه أعدل ورد القيمة أو المثل مخلص فيصار اليه عند تعذر ردّ العين ولهذا لو أتى بالمثل أو القيمة عند القدرة على العين لا يعتد به ولو ردّ العين من غير علم المالك برئ منها ولو لم يكن هو الموجب الاصلى لما برئ الا اذا علم وقبضه كما فى قبض المثل أو القيمة وقيل الموجب الاصلى هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو أبرأه عن الضمان حين قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح ولو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على أن الواجب المثل أو القيمة ووجوب رده فى مكان غصبه مقيد بما اذا لم يتعين بزيادة أو نقصان كما سيأتى وكذلك يجب أداء القيمة فى مكان غصبه ففى الخانية رجل غصب عبدا حسن الصوت فتغير صوته عند الغاصب كان له النقصان ولو كان العبد مغنيا فنسى ذلك عند الغاصب لا يضمن الغاصب وفى المنتقى غصب من آخر دواب بالكوفة فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذها وان شاء قيمتها بالكوفة قال وكذا الخادم وكذا ماله حمل ومؤنة الا الدراهم والدنانير فانه يأخذها حيث وجدها وان اختلف السعر لانها أثمان وليس له أن يأخذ القيمة وان كان المغصوب مثليا وقد هلك فى يد الغاصب فان كان السعر فى المكان الذى التقيا فيه مثل السعر فى مكان الغصب أو أكثر برئ برد المثل وان كان فى المكان الذى التقيا فيه أقل فهو بالخيار ان شاء أخذ قيمة العين حيث غصبه وان شاء انتظر وفى الخانية فان كانت القيمة فى المكانين سواء كان للمغصوب منه أن يطالبه بالثمن وفيها عن أبى يوسف رجل غصب حنطة بمكة وحملها الى بغداد قال عليه قيمتها بمكة ولو غصب غلاما بمكة فجاء به الى بغداد فان كان صاحبه من أهل مكة عليه قيمته وان كان من غير أهل مكة أخذ غلامه وفى الينابيع قال ابن سماعة سمعت أبا يوسف فى رجل غصب عبدا فذهب به الى قرية فلقيه المغصوب منه فخاصمه فهو بالخيار ان شاء أخذ عبده بعينه

وان شاء أخذ قيمته يوم غصبه اهـ فلو زاد المؤلف ومكان غصبه حيث لا يتغير ولا يقل لكان أولى قال رحمه الله ﴿أو مثله ان هلك وهو مثلى﴾ يعنى يجب عليه مثل المغصوب ان هلك عنده لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولأن حق المالك ثابت فى الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بايجاب المثل فكان أعدل وأتم فكان ايجابه أولى من القيمة وأطلق فى المثل فشمل الناطف المبذر والدهن المربى وفى التتارخانية برقوم ومشايخنا استثنوا من الموزونات الناطف المبذر والدهن المربى فقالوا الواجب القيمة فيهما وفى السير الكبير ومن أتلف على آخر جبنه فعليه قيمة الجبن مع أنه مثلى موزون والمراد بالمثلى المكيل والموزون الذى ليس فى تبعيضه ضرر والعدد المتقارب والبيض والفلوس الرائجة وما أشبه ذلك من العددى الذى لا يتفاوت قال رحمه الله ﴿وان انصرم المثلى فقيمته يوم الخصومة﴾ يعنى اذا انقطع المثلى عن أيدى الناس يجب على الغاصب قيمته يوم الخصومة وهذا قول الامام وقال الثانى يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب والقيمة انما يصار اليها للعجز عنه والعجز فى يوم الانقطاع فيعتبر فيه وللثانى ان المثل لما انقطع التحق بالقيمى وفيه يعتبر القيمة يوم الغصب وللامام ان المثل هو الواجب بالغصب وهو باق فى ذمته ما لم يقض القاضى بالقيمة ولهذا لو صبر الى أن يعود المثل كان له ذلك وحد الانقطاع أن لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه وان كان يوجد فى البيوت ذكره فى النهاية وقال فى النهاية فان قلت ولم قدم قول أبى يوسف فى التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت لعله أن يكون هو المختار لانه أعدل الاقوال قال رحمه الله ﴿وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه﴾ وهذا بالاجماع وهو المذروع والحيوان والمعدودات المتفاوتة والوزنى الذى يضره التبعيض لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فوجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه وقال الامام مالك يضمن مثله صورة لما روى عن أنس رضى الله عنه قال كنت فى حجرة عائشة رضى الله عنها قبل أن يضرب الحجاب فاتى بقصعة من ثريد بعض أزواجه عليه الصلاة والسلام فضربت عائشة القصعة بيدها فكسرتها وجاءت بقصعة مثل تلك القصعة فى يدها فاستحسن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك منها الحديث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى عبد بين رجلين يعتق أحدهما نصيبه فان كان موسرا ضمن نصيب الآخر وان كان معسرا سعى العبد فى قيمة نصيب شريكه وهذا نص صريح فى اعتبار القيمة فيما لا مثل له والآية شاهدة لنا لانه هو المثل المتعارف بين الناس وفعل عائشة رضى الله تعالى عنها كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريق الواجب اذ كانت القصعتان للنبى صلى الله عليه وسلم قال صاحب النهاية وتحقيقه ان معناه الشئ الذى لا يضمن بمثله من جنسه لان الذى لا مثل له فى الحقيقة هو الله تعالى اهـ فعلى هذا كان على المؤلف رحمه الله تعالى أن يغير العبارة فيقول وما لا مثل له من جنسه وأطلق فى قوله يوم غصبه فشمل ما اذا زادت قيمته بعده أو نقصت أو استمرت على حالة واحدة وفى شرح الطحاوى ولو غصب من رجل عبدا أو جارية ثمنها ألف درهم فازدادت قيمته أو نقصت ثم هلك عنده ضمن قيمته يوم غصبه بالاجماع ولو لم يهلك ورده على صاحبه فان كان النقصان فى القدر ضمن قيمة النقصان وان كان النقصان فى السعر لا يضمن وشمل ما اذا هلك أو استهلكه بعد زيادة القيمة أو نقصانها أو استمرارها على حالة واحدة وأما اذا هلك أو استهلكه فى يد الغاصب أو المشترى من الغاصب وفى شرح الطحاوى ولو هلك بعد الزيادة نحو أن يبيعه ويسلمه الى المشترى فهلك فى يد المشترى فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وجاز البيع والثمن للغاصب وان شاء ضمن المشترى قيمته وقت القبض وبطل البيع ويرجع المشترى على الغاصب بالثمن ولو زادت قيمة العبد فقتله الغاصب ضمن عاقلته قيمة العبد يوم الغصب زائدة فى ثلاث سنين وليس له أن يضمن الغاصب قيمته وقت التسليم على قول الامام وفى قولهما له أن يضمن الغاصب قيمته يوم الغصب حالا وان شاء ضمن العاقلة قيمته يوم القتل زائدة فى ثلاث سنين ولو كان المغصوب حيوانا سوى بنى آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة عند الامام لا يضمن الا قيمته يوم الغصب وعندهما المغصوب منه بالخيار وفى الفتاوى العتابية ولو زاد العبد ثم قتل نفسه لم يضمن الغاصب الزيادة اهـ قال رحمه الله ﴿وان ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو بقى لاظهره ثم قضى عليه ببدله﴾ لان حق المالك ثابت فى العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا ادعى المديون الافلاس وليس لحبسه حد مقدر بل موكول الى رأى القاضى كحبس الغريم بالدين ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وأقاما البينة فبينة الغاصب أولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعى العوارض وعند أبى يوسف بينة

المالك أولى لانها تثبت وجوب الضمان والآخر منكر والبينة للاثبات وأطلق فى قوله حبسه ومحله ما اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان قلت قال فى الذخيرة ان الغاصب اذا عيب المغصوب فالقاضى يقضى بالقيمة من غير تلوم فما وجه قوله قيل فى المسئلة روايتان وقيل المذكور فى الذخيرة جواب الجواب والمذكور فى الكتاب جواب الاصل كذا فى العناية قال رحمه الله ﴿والغصب فيما ينقل ويحول﴾ لانه ازالة يد المالك باثبات يد وذلك يتصور فى المنقول قيل النقل والتحويل واحد وقيل التحويل النقل من مكان والاثبات فى مكان آخر والنقل يشتمل عليه بدون الاثبات فى مكان آخر والمقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه فى المنقول فالقصر معتبر فى التركيب المذكور وأداة القصر فى هذا التركيب وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به فى علم الادب ويتلوه نحو التوكل على الله والكرم فى العرب والامام من قريش قال رحمه الله ﴿فان غصب عقارا وهلك فى يده لم يضمنه﴾ وهذا عند الامام وأبى يوسف وقال محمد وزفر والشافعى يضمنه وهو قول أبى يوسف أولا وفى العينى ويفتى بقول محمد فى عقار الوقف ولان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية وازالة اليد المحقة وذلك يمكن فى العقار لان اثبات اليدين المتدافعتين على شئ واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فاذا ثبت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحققة للمالك ضرورة ولهذا يضمن العقار المودع بالجحود والاقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء ولقوله عليه الصلاة والسلام من غصب شبرا من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين ولنا ان الغاصب تصرف فى المغصوب باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وأقصى ما يكون فيه اخراج المالك منه وذلك تصرف فى المالك لا فى العقار فلا يوجب الضمان ومسائل الوديعة على الخلاف على الاصح فلا يلزمه ولئن سلم فالضمان فيما ذكر بترك الحفظ الملتزم واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر لقوله عليه الصلاة والسلام من باع حرا الحديث لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا لما عرف ان فى لسان الشرع حقيقة ومجازا وفى هذا سؤال تقديره كيف جمع بين لفظ غصب وعدم الضمان مع ان الغصب موجب للضمان وعلى هذا الخلاف لو باع العقار بعد الغصب وأقر بذلك وكذبه المشترى لا يقبل اقراره فى حق المشترى لان ملكه ظاهر ولا يضمن البائع عندهما لانه لم يتلفه وانما اتلافه مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة وفى الكافى ولو غصب عقارا وهلك فى يده بان غلب السيل عليه فهلك تحت الماء أو غصب دارا فهدمت بآفة سماوية أو سيل فذهب بالبناء لم يضمن عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد والشافعى وزفر وهو قول أبى يوسف أولا يضمن وفى البزازية والصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى الينابيع فان حدثت هذه الاشياء بفعل أحد من الناس فضمانه على المتلف عندهما وعند محمد هو مخير بين ضمان الغاصب والمتلف فان ضمن الغاصب يرجع على المتلف وان حدثت هذه الاشياء بفعل الغاصب وسكناه فالضمان عليه بالاجماع وفى الكافى وعلى هذا أى على غصب العقار لا ينعقد موجبا للضمان اذا باع دار الرجل وأدخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخرا وعند محمد يضمن قيمتها ومعنى المسئلة اذا باعها واعترف بالغصب وكذبه المشترى كذا ذكره فخر الاسلام قال رحمه الله ﴿وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما فى النقلى﴾ وهذا بالاجماع قال القدورى كما اذا انهدمت أو ضعف البناء كما لو عمل فيها حداد فانهدمت أو ضعف البناء والفرق لهما انه أتلفه بفعله كما لو نقل ترابه والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف أن يكون فى يده ألا ترى ان الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول فى اليد فعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجود الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير اذنه وفى فتاوى أبى الليث غصب أرضا وزرعها ونبت فلصاحبها ان ياخذ الارض ويامر الغاصب بقلع الزرع تفريغا لملكه فان أبى أن يفعل فللمغصوب منه أن يفعل وفى الذخيرة وان لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع فالزرع للغاصب وللمالك ان يرجع على الغاصب بنقصان الارض بسبب الزراعة وان حضر المالك والزرع لم ينبت فان شاء صاحب الارض يتركها حتى ينبت الزرع ثم يامره بقلع الزرع وان شاء أعطاه قيمة بذره لكن مبذورا فى أرض غيره وهو ان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيضمن فضل ما بينهما والبذر له وفى العيون غصب من آخر أرضا وزرعها حنطة ثم اختصما وهى بذر لم تنبت بعد فصاحب الارض بالخيار ان شاء تركها حتى تنبت ثم يقول له اقلع زرعك

وان شاء أعطاه مازاد البذر فيه وطريق معرفة ذلك ان تقوم مبذورة وغير مبذورة فيه فيضمن فضل ما بينهما وفى الحاوى وروى عن أبى يوسف انه يقوم الارض غير مبذور فيها وتقوم وهى مبذور فيها بذر مستحق القلع فيضمن فضل ما بينهما وهو قيمة بذر مبذور فى أرض الغير فيضمن الفضل وفى الفتاوى غصب حنطة فزرعها تصدق بالفضل الاعلى قول أبى يوسف وفى المنتقى للمعلى وفى نوادره عن أبى يوسف أرض بين رجلين زرعها أحدهما بغير اذن شريكه فتراضيا على ان يعطى غير الزارع نصف البذر ويكون الزرع بينهما نصفين قال ان كان ذلك منهما بعد ما نبت الزرع فهو جائز وان كان قبل ان ينبت لا يجوز وان كان الزرع قد نبت وأراد الذى لم يزرع ان يقلع الزرع فان الارض تقسم بينهما نصفين فما أصاب الذى لم يزرع من الزرع فله ويضمن له الزراع ما دخل أرضه من نقصان الزراعة وقوله بسكناه أو زراعته ليس بقيد فلو غصب عقارا وحبس عن صاحبه حتى نزت أرضه أو أرضا حتى غلب عليها ما يمنع من الزراعة يضمن النقصان لظهور العيب عنده كما لو غصب عبدا وسرق ما فى يده وهى حادثة الفتوى وأجاب الفقير عنها بما ذكرا أخذا من مسئلة العبد وفى الاسبيجابى رجل غصب أرضا فاجادها وأخذ غلتها أو زرع الارض كرا فخرج منه ثلاثة أكرار قال يأخذ رأس ماله الكر ويتصدق بالفضل ويضمن الغلة ويضمن النقصان وهذا فى قولهم جميعا وفى الكافى ويأخذ الغاصب رأس ماله أى البذر وما انفق وما غرم من النقصان ويتصدق بالفضل وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وعند الثانى لا يتصدق غصب تالة من أرض انسان وزرعها فى ناحية أخرى من تلك الارض فكبرت التالة وصارت شجرة فالشجرة للغارس وعليه قيمة التالة لصاحبها يوم غصبها ويؤمر الغارس بقلع الشجرة وكذلك لو غرس رجل تالة نفسه فى أرض غيره فلصاحب الارض ان يأخذه بقلعها وان كان القلع يضر الارض أعطاه صاحب الارض قيمة شجرته مقلوعة كذا قيل وفى التتمة يوم يختصمان وعلى قياس مسئلة الزرع الذى تقدم ذكرها يمكن ان يقال أعطاه صاحب الارض قيمة شجرة مستحقة القلع وفى التتمة سئل عمن غرس فى أرض الغير غرسا فكبر هل لصاحب ان يقول أدفع لك قيمته ولا تقلعه فقال لا انما للغارس ان يقلعه ويضمن النقصان ان ظهر فى الارض نقصان وانما لصاحب الارض الامر بالقلع فحسب وسئل عنها على بن أحمد فقال للغارس قيمة الاغصان حين غرسها اذا كان فى قلعها ضرر بالارض ولم يتعرض هل يضمن القيمة وقت الغرس أو وقت القلع وسئل الجندى عمن غرس فى أرض غيره فنبت هل للغارس ان يقلعها فقال له ان يقلعها ان لم تنقص الارض وفى الفتاوى رجل زرع أرض نفسه فجاء رجل وألقى بذره فى تلك الارض وقلب الارض قبل ان تنبت بذر صاحب الارض أو لم يقلب وسقى الارض حتى نبت البذر فالنابت يكون للثانى عند أبى حنيفة ويكون على الثانى قيمة بذره ولكن مبذورا فى أرض نفسه فتقوم الارض ولا بذر فيها وتقوم وبها بذره فيرجع بفضل ما بينهما فان جاء الزارع الاول وهو صاحب الارض وألقى فيها بذر نفسه مرة أخرى وقلب الارض قبل ان ينبت البذران أو لم يقلب وسقى الارض فنبتت البذور كلها فجميع ما نبت لصاحب الارض وعليه للغاصب مثل بذره ولكن مبذورا فى أرض غيره وهكذا ذكر ولم يسمع الجواب والجواب المشبع ان الغاصب يضمن لصاحب الارض قيمة بذره مبذورا فى أرض نفسه ويضمن صاحب الارض للغاصب قيمة البذرين لكن مبذورا فى أرض الغير وهذا كله اذا لم يكن الزرع نابتا بها فاما اذا نبت زرع المالك فجاء رجل وألقى بذره وسقى فان لم يقلب حتى نبت الثانى فان كان الزرع النابت اذا قلب ينبت مرة أخرى فالجواب كما قلنا وان كان لا ينبت مرة أخرى فما نبت فهو للغاصب ويضمن الغاصب للمالك قيمة زرعه نابتا وفى الظهيرية سئل نصير رحمه الله عمن زرع أرض نفسه برا فجاء رجل وزرعها شعيرا قال على صاحب الشعير قيمة بذره مبذورا روى ذلك محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى هذا اذا رضى صاحب البذر واما اذا لم يرض فهو بالخيار ان شاء ترك حتى ينبت فاذا نبت يأخذه بالقلع وان شاء أبرأه عن الضمان فاذا استحصد الزرع وحصداه فهو بينهما على مقدار نصيبهما وسئل أبو جعفر عمن دفع كرما معاملة فاثمر الكرم أو كان الدافع وأهل داره يدخلون الكرم ويأكلون منه ويحملون والعامل لا يدخل الاقليلا لاهل على الدافع ضمان قال ان أكلوا وحملوا بغير اذن الدافع فلا ضمان عليه والضمان على الذين أكلوا وحملوا وان كانوا أكلوا باذنه فان كانوا ممن تجب نفقتهم عليه فهو ضامن نصيب العامل فصار كأنه هو الذى أكله وان كانوا أخذوا باذنه وهو ممن لا تلزمه نفقتهم فلا ضمان عليه فصار كأنه دل على استهلاك مال الغير وسئل الشيخ عطاء بن حمزة رحمه الله تعالى عمن زرع أرض انسان ببذر نفسه بغير

اذن صاحب الارض هل لصاحب الارض ان يطالب بحصة الارض قال نعم ان جرى العرف فى ذلك انهم يزرعون الارض بثلث الخارج أو ربعه أو نصفه أو شئ مقدر شائع يجب ذلك القدر الذى جرى به العرف قيل له هل فيه رواية قال نعم رجل غصب أرضا وبنى فيها حائطا فجاء صاحب الارض وأخذ الارض وأراد الغاصب ان يأخذ الحائط فان كان الغاصب يبنى الحائط من تراب هذه الارض ليس له النقض ويكون الحائط لصاحب الارض فان بنى الحائط لا من تراب هذه الارض فله النقض ولم يتعرض المؤلف لما اذا نقص فى يده بغير صنعه قال القدورى رحمه الله تعالى فى كتابه غصب من آخر عبدا أو جارية فابق فى يد الغاصب ولم يكن ابق قبل ذلك أو زنت أو سرقت ولم تكن فعلت ذلك قبل فعلى الغاصب ما انتقصت بسبب السرقة والاباق وعيب الزنا وكذلك ما حدث فى يد الغاصب مما تنقص به القيمة من عور أو شلل أو ما أشبه ذلك يكون مضمونا فيقوم العبد صحيحا ويقوم وبه العيب فيأخذه ويرجع بفضل ما بينهما وان أصابه حمى فى يد الغاصب أو أصابه بياض فى عينه ثم رد على المولى ورد معه الارش ثم ذهبت الحمى وزال البياض فللغاصب ان يرجع على المولى بالارش وفى شرح الطحاوى واذا ولدت الجارية المغصوبة ولدا فالولد عندنا غير مضمون وعند الشافعى مضمون ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته بالاجماع ويتخير بنقصان الولادة عندنا وعند زفر لا يتخير واذا حبلت عند الغاصب من الزنا فاردها على المولى كذلك فانه يردها مع النقصان فينظر الى ارش عيب الزنا والى ما نقصها الحبل فيضمن الاكثر من ذلك ويدخل الاقل فى الاكثر وهذا استحسان أخذ به أبو يوسف والقياس ان يضمن الامرين جميعا وهو قول محمد فان ولدت فى يد المالك وسلمت من الولادة فالمروى عن أبى يوسف انه ينظر الى ارش الحبل والى ارش عيب الزنا فان كان عيب الزنا أكثر لا يرد شيأ وان كان عيب الحبل أكثر رد الفضل من ارش عيب الزنا وفى الينابيع فان حبلت من الزنا فولدت زال عيب الحبل بالولادة وبقى عيب الزنا فان كان عيب الزنا أكثر من عيب الحبل وقد غرم الغاصب عيب الحبل يجب عليه ان يتم أرش عيب الزنا وان كان عيب الحبل أكثر فقدار عيب الزنا يستحق وما زاد عليه زال وان ماتت من الولادة وبقى ولدها ففى قول أبى حنيفة يضمن الغاصب جميع قيمتها وعلى قولهما يضمن نقصان الحبل خاصة هكذا ذكره القدورى وفى الخانية الجارية تقوم غير حامل ولا زانية وتقوم وهى حامل زانية فيرجع بفضل ما بينهما وفى الخانية ولو ماتت فى نفاسها ومات الولد أيضا كان على الغاصب قيمتها فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ليس عليه الا نقصان الحبل وفى الينابيع وكذا قطعت يدها فى سرقة عند الغاصب أو ضربت فيما زنت عنده فعند أبى حنيفة يضمن ما نقصها الزنا والضرب فيدخل الاقل فى الاكثر وفى السرقة يضمن نصف قيمتها وعندهما يضمن السرقة والزنا ولا يضمن ما نقصها القطع والضرب ولو ماتت فى الولادة وبقى ولدها ضمن جميع قيمتها عند أبى حنيفة يوم الغصب ولا جبر للنقصان بالولد عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يضمن الا ما نقصها الحبل وهو قول محمد ولو مات الولد ردها ورد معها ما نقصتها الولادة ولا شئ عليه بموت الولد ولكن نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيأ قال رحمه الله ﴿وان استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف فى المغصوب والوديعة وربح﴾ أى استغل المغصوب بان كان عبدا مثلا فاجره فنقصه الاستعمال وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما اذا تصرف فى المغصوب أو الوديعة بان باعه وربح فيه لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فتكون الاجرة له بخلاف ما اذا غصب جارية وغصبها ووطئها الزوج فالعقر للمالك دون الغاصب لان العقر يجب باستيفاء منفعة البضع عند قيام الشبهة لا بالعقد اما الاول وهو الاستعمال فالمذكور هنا قولهما وهو التصدق وعند أبى يوسف لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه فى الجانبين فى المسئلة التى قبلها وكان ينبغى أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما فى المسئلة الاولى ثم انما يضمن الغاصب النقصان اذا كان النقصان فى العين وكان غير زيوف لانه دخل جميع أجزائه فى ضمانه فيجب عليه قيمة ما تعذر رده من أجزائه كلا أو بعضا بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شئ من الثمن لان الاوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعد ان رده فى مكان الغصب لان ذلك لقلة الرغبات فيه لا لنقصان فى العين بفوات جزء وان كان ربويا لا يمكنه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدى الى الربا اذ الجودة لا قيمة لها فى الاموال الربوية ولكنه يخير بين ان يأخذه ولا شئ له وبين ان يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من الربويات أو قيمته ولك أن تقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات فى الاوصاف كما اذا غصب حنطة فعفنت فى يده لانه لا اعتبار للوصف عندنا واما اذا كان نقصانها فى الاجزاء كما اذا غصب كيليا أو وزنيا فتلف بعض أجزائه فنقص فرده كيلا أو وزنا فيكون لصاحب المال تضمين النقصان

مع استرداد الباقي ولا يؤدي الى الربا كما لا يخفى وفي العناية فسر الربويات بما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فانهشم في يده أقول في كون اناء الفضة من الربويات عند نافيه نظر ظاهر فانهم صرحوا في شرح الهداية ومنهم صاحب العناية بان الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والعلث ليس هو بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك ان اناء الفضة منه فكيف مثل به ولا استغلال العبد المستعار بالايجار كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلا فالابي يوسف والوجه قد بيناه ولو هلك في يده بعد ما استعمله فضمنه المالك كان له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لان الخبث لاجل المالك فاذا أخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه ولهذا لو أسلم الغلة اليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتبرأ ذمته عن القيمة بقدره بخلاف ما اذا باعه الغاصب بعد ما استغله وهلك في يد المشتري وضمنه المالك قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب أن يستعين بالغلة في أداء الثمن الى المشتري لان الخبث كان لحق المالك والمشتري ليس بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه فلا يؤديه اليه الا اذا كان لا يجد غيره فيرجح هو على غيره من الفقراء باعتبار انه ملكه وهو محتاج اليه كما ان للملتقط أن يصرف الغلة على نفسه اذا كان محتاجا ثم اذا أصاب مالا يتصدق بمثله ان كان غنيا وتعذر الاستغلال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا من ترجيحه على غيره من الفقراء واما الثاني وهو ما اذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فهو على وجوه اما أن يكون مما يتعين بالتعيين كالعرض أو لا يتعين كالنقدين فان كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب له ويتصدق به لان العقد يتعلق فيما لا يتعين بالتعيين حتى تنفسخ بالهلاك قبل القبض فتمكن الخبث فيه وان كان مما لا يتعين فقد قال الكرخي انه على أربعة أوجه اما ان أشار اليه ونقد منه أو أشار اليه ونقد من غيره أو أشار الى غيره ونقد منه أو أطلق اطلاقا ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له الا في الوجه الاول وهو ما اذا أشار اليه ونقد منه لان الاشارة اليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا اذا تأكدت بالنقد منهما وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى لا يطيب له بكل حال وهو المختار واطلاق الجواب في الجامعين يدل على ذلك ووجهه انه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري وبالاشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد في حق الوصف والقدر فيثبت فيه شبهة الحرمة لملك الغير بسبب خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند أبي يوسف لا يتصدق بشئ منه والوجه ما بيناه وهذا الاختلاف منهم فيما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بان غصب دراهم مثلا وصار في يده من ثمن المغصوب دراهم كان في يده من بدله بخلاف جنس ما ضمن بان غصب دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتعين عند اتحاد الجنس ولم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح ولو اشترى بثمن المبيع بيعا فاسدا شيأ أو أشار اليه ونقد منه يطيب الربح لان الثمن صار ملكا بالقبض بتراضيهما ولانه متى نقض البيع واسترد الثمن يرد مثل الثمن لا عينه ولكن هذا لا يوجب بينهم الخبث في التصرف للحال ولو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاما حل التناول ولو اشترى بالدراهم المغصوبة دنانير لم يجز له أن يتصرف في الدنانير لان الدراهم لو استحقت بعد ما افترقا انتقض البيع في الدنانير فوجب عليها ردها فاما البيع في الطعام لا ينقض باستحقاق الدراهم لانه يجب عليه رد مثلها لا عينها ولو اشترى بالثوب المغصوب جارية يحرم عليه أن يطأها حتى يدفع قيمة الثوب الى صاحبه لان بالاستحقاق تبين ان البيع فاسد لان البيع يتعلق بعين الثوب ولو اشترى بالدراهم المغصوبة جارية حل له وطؤها لان البيع لا يتعين بتلك الدراهم ولو تزوج بالثوب المغصوب جارية امرأة حل له وطؤها لان النكاح لا ينتقض باستحقاق المهر ولو أخذ المالك القيمة بقول الغاصب في الجارية المغصوبة لم يحل له وطؤها واستخدامها ولا بيعها الا اذا أعطاه قيمتها بتمامها لانها من غير رضا المالك ولهذا يملك الفسخ ان ظهرت مستحقة ولو أعتق الغاصب العبد بعد القضاء عليه بالقيمة الناقصة جاز عنده وعليه تمام القيمة كذا في المحيط مختصرا قال رحمه الله ﴿وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بطحن وطبخ وشي وزرع واتخاذ سيف أو اناء لغير الحجرين﴾ لانه لو لم يملكه بذلك لحقه ضرر وكان ظلما والظالم لا يظلم بل ينصف ثم الضابط فيه انه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل حتى زال اسمها وعظم منافعها واختلطت بملك الغاصب حتى لا يمكن تميزها أصلا زال ملك المغصوب منه وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها قال في العناية وغيرها وقوله بطحن الى آخره يعني بفعل الغاصب احترازا عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فان الغاصب لا يملكه والمالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه مثله وقوله زال اسمها يحترز عما اذا

لم

لم يزل اسمها كما لو ذبح الشاة فانه يقال شاة حية وشاة مذبوحة وقوله وعظم منافعها تأكيد يتناول الحنطة اذا طحنها فانه يزول بالطحن عظم منافعها بجعلها هريسة وكشكا ونشاء وغير ذلك قال صاحب العناية وقوله وعظم منافعها تأكيد لقوله زال اسمها والظاهر انه تأسيس لا تأكيد لانه احتراز عما اذا غصب شاة وذبحها فانه لا يزول بالذبح ملك مالكها كما سيأتي مصرحا به وما ذكره من الطحن وما بعده يحصل به ما ذكرنا في الضابط فيملكها الغاصب الا الذهب والفضة فانه لا يملكه باتخاذهما أواني أو دراهم أو دنانير عند الامام لانها بهذا الفعل لا يزول التمييز وقال الامام الشافعي لا ينقطع حق المالك بما ذكر وهي رواية عن أبي يوسف غير انه اذا اختار أخذ العين لا يضمن النقصان في الربويات لان الملك نعمة فلا يحصل بالحرام وهو الغصب وصار كما وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الماء أو الهواء من غير صنع أحد ولنا انه لما استهلك العين من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث فيه الصنعة وهي حق الغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت لذلك والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سببا لحكم شرعي ألا ترى ان الصلاة في الارض المغصوبة لا تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك غير أنه لا يجوز له الانتفاع بها قبل الاداء كي لا ينفتح باب الغصب ولقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها أطعموها الاسارى ولو لم يملكه لما قال ذلك والقياس أنه يجوز الانتفاع به وهو قول الحسن وزفر ورواية عن أبي حنيفة ولهذا ينفذ تصرفه فيها كالتمليك للغير ووجه الاستحسان ما ذكرناه ونفاذ تصرفه لوجود الملك ألا ترى أن المشتري شراء فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به فاذا دفع المثل أو القيمة اليه وأخذه بحكم الحاكم أو تراضيا على مقدار حل الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فحصلت المبادلة بالتراضي وقال أبو يوسف في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز الانتفاع بها قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه وقيد بقوله واتخاذ سيف ليفيد أنه بعده صار يباع عددا أو وزنا وهو انما يملكه بما ذكر من الاتخاذ اذا كان يباع عددا وفي المحيط ولو غصب حديدا أو صفرا فجعله اناء فان كان يباع وزنا لا ينقطع حق المالك كما في الفضة وان كان يباع عددا انقطع حق المالك لانه لما أخرجه عن كونه موزونا يكون مستهلكا له من وجه قال في شرح الطحاوي وقال شمس الائمة الكرخي الصحيح أنه لا فرق بين الصفقة أن يباع عددا أو وزنا ولو غصب فلوسا وصاغ منها اناء ضمن الفلوس لانه أخرجها عن كونها ثمنا فيصير مستهلكا من وجه وقوله لغير الحجرين يعني أن الحجرين لو اتخذا مصاغا أو حليا أو اناء أو ضرب به دراهم أو دنانير فللمالك أن يأخذه ولا يعطيه شيأ عند الامام وعندهما هو للغاصب ويضمن مثله للمالك لانه أحدث فيه صنعة متقومة فصار كما لو غصب حديدا أو صفرا فضرب به وللامام أن العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما اذ ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو باق أيضا وكذا كونه موزونا باق أيضا حتى يجري فيه الربا وأطلق في الحجرين فشمل ما اذا صار بعد الاتخاذ أصلا أو تبعا قال في المحيط ولو غصب فضة أو دراهم فجعلها عروة أو قلادة لأواني انقطع حق المالك لانه صار تبعا للاواني والتبعية استهلاك من وجه اه وفي فتاوى سمرقند غصب من آخر طعاما فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكا فلما ابتلعه كان حلالا في قول الامام وقالا لا يكون حلالا الا اذا أدى البدل وأنكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي هذه الرواية عن الامام وقال الصحيح أن قول الامام كقولهما وفي الخانية وقولهما الاحتياط اه وفي المنتقى عن أبي يوسف لو غصب أرضا وبنى فيها حوانيت ومسجدا وحماما فلا بأس بالصلاة في ذلك المسجد وأما الحمام فلا يدخل ولا تستأجر الحوانيت وقال هشام أنا أكره الصلاة فيه حتى يطيب أربابه وأكره شراء المتاع من أرض غصب أو حوانيت غصب اه وأشار المؤلف الى أن التغيير بعد ما وضع اليد في المثلي فلو كان قبله تجب القيمة قال القدوري صب ماء في طعام فأفسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه مثله وكذا لو صب ماء في دهن أو زيت لا يجوز أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب الماء فعليه مثله اه وفي الذخيرة وان باع رجل شيأ ثم ان البائع فعل بعض ما وصفنا فكل شئ كان الغاصب فيه مستهلكا للعين ولم يكن للمغصوب منه أن يأخذه فكذا ليس للمشتري أن يأخذه وكل شئ لم يكن الغاصب فيه مستهلكا وكان للمغصوب منه أن يأخذه فللمشتري أن يأخذه اه وفي الفتاوى لو غصب حنطة فاتخذها كشكا فلصاحبها أخذها ورد ما زاد فيها من اللبن واستشكله بعض أهل العصر وهو الصحيح لانه زال اسمها وعظم منافعها وأجيب بأن المراد اذا سقى الحنطة اللبن من غير طحن أما اذا طحنها فقد ملكها ويرد مثلها قال رحمه الله ﴿ و بناء على ساجة ﴾ يعني اذا بنى على الساجة زال ملك مالكها عنها وأطلق في العبارة فشمل ما اذا كانت

قيمة الساجة أكثر أو قيمة البناء وقال فى الذخيرة هذا فيما اذا كان قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كان قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلا يملكها وله أخذها والظاهر من التقييد بالبناء على الساجة أنه لو بنى على الارض التى لا يتصوّر غصبها لا يملكها وفى المضمرات ولو غصب أرضا وبنى فيها وقيمة البناء أكثر من قيمة الارض لا سبيل للمغصوب منه على الارض ويضمن الغاصب قيمة أرضه وهكذا روى عن أبى القاسم الدباسى وفى الحاوى غصب من آخر دارا أو أرضا وبنى فيها بناء أو زرع فقلع صاحبها الزرع وهدم البناء لا يضمن بشرط أن لا يكسر خشب الغاصب ولا آجره وفى الاصل غصب أرضا وبنى فيها فجاء صاحب الارض وأخذ الارض فأراد الغاصب أن يأخذ الحائط فان كان الغاصب بنى الحائط من تراب هذه الارض ليس له النقض والحائط لصاحب الارض وان بنى الحائط لا من تراب هذه الارض فله النقض وفى فتاوى سمرقند رجل بنى حائطا فى كرم رجل من تراب كرمه بغير أمره فان لم يكن للتراب قيمة فهى لصاحب الارض وان كان للتراب قيمة فالحائط للبانى وعليه قيمة البناء اهـ ولم يذكر فى الاصل ما اذا أراد الغاصب أن ينقض البناء ويرد الساجة هل يحل له ذلك وهذا على وجهين ان كان القاضى قضى عليه بالقيمة لا يحل له ذلك وان نقض لم يستطع رد البناء وان كان القاضى لم يقض عليه بالقيمة اختلف المشايخ قال بعضهم لا يملك النقض وقال بعضهم لا يحل له لما فيه من تضييع المال من غير فائدة وفى فتاوى النسفى سئل عمن غصب ساجة فادخلها فى بنائه أو تالة فغرسها فى أرضه او غصنا فوصله بشجرة فوهبها الغاصب من المغصوب يبرأ عن الضمان بهذه الهبة قال نعم قيل ولو قال المغصوب منه للغاصب وهبت لك الساجة أو التالة أو الغصن قال نعم قيل كيف وقد وهب المغصوب منه للغاصب ما لا يملكه لو اهب لان حقه قد انقطع ووجب الضمان على الغاصب قال بلى وهذا فى المعنى ابراء له عن الضمان الواجب عليه بسبب هذه العين وفى الخانية كسر غصنا الرجل ضمن النقصان ولو كان الكسر فاحشا بان صار حطبا أو وتدا وفى الاصل غصب من آخر دارا ونقشها بعشرة آلاف ثم جاء رب الدار قيل له ان شئت فخذ الدار وأعط الغاصب ما زاد فيها وفى الذخيرة مشترى الدار من الغاصب اذا هدمها وأدخلها فى بنائه ثم حضر المالك فان كان البناء قليلا لا يتيسر رفعه يرفعه ويرده على المالك وان كان كثيرا يتعذر رفعه وان شاء لا يرفعه بل يتركه ويضمن المشترى قيمة البناء الاول وفى القدورى ولو غصب من آخر دارا وجصصها ثم ردها قيل لصاحبها اعط ما زاد التجصيص فيها الا ان يرضى صاحب الدار ان ياخذ الغاصب ما جصصه قال هشام قلت لمحمد فى رجل وثب على باب مقلوع ونقشه بالاصابع قال سبيله سبيل الدار قلت وان كان نقشه بالنقر وليس بالاصابع قال فهذا مال مستهلك بالباب وعليه قيمته والباب له وكذا لو نقش اناء فضة بالنقر وذكر الكرخى انه موضوع مسئلة الساجة اذا بنى الغاصب حول الساجة اما لو بنى على نفس الساجة لا يبطل ملك المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه أبى جعفر الهندوانى لانه اذا بنى حولها لم يكن متعديا واذا بنى عليها كان متعديا والصحيح ان الجواب فى الموضعين على حد واحد كذا فى البدائع قال رحمه الله ﴿ولو ذبح شاة أو خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب أو ضمن النقصان﴾ وكذا لو ذبح وقطع اليد أو الرجل لان هذه الاشياء اتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الاغراض من الحمل والدار والنسل وفوات بعض المنفعة فى الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه وأخذه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا أخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها وأمكن الانتفاع بلحمها يتعين والاول هو الظاهر لانه نقصان باعتبار فوات بعض الاغراض على ما بينا ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع الطرف لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة فانها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع قيد التخيير بذبح الشاة وما يؤكل لحمه احترازا عما لا يؤكل لحمه قال فى الخانية ولو ذبح حمار غيره فليس له ان يضمنه النقصان فى قول الامام ولكن يضمنه جميع القيمة وعلى قول محمد له ان يمسك الحمار ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك الحمار وان قتله قتلا فهو على الخلاف السابق والاعتماد على قول الامام ولو قطع يد حمار أو بغل أو قطع رجله أو فقأ عينيه قال الامام ان شاء سلم الجسد وضمنه جميع القيمة وليس له ان يمسك الجسد ويضمنه النقصان وفى المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار او بغل أو رجله وكان لما بقى منه قيمة فله ان يمسكه ويأخذ النقصان وفى النوازل اذا قطع اذن الدابة أو بعضه يضمن النقصان ولو قطع أذنيها يضمن النقصان وعن شيخه رضى الله عنه اذا قطع ذنب حمار القاضى يضمن جميع قيمته وان كان لغيره يضمن النقصان اهـ أقول

ويلحق

ويلحق بحمار القاضى حمار المفتى والعالم والامير وفى التجريد والصحيح فى الحد الفاصل بين الخرق الفاحش واليسير ان الخرق الفاحش مايفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير مالايفوت به شئ من المنفعة وانما تفوت الجودة قال شمس الائمة الحلوانى القطع أنواع ثلاثة فاحش غير مستأصل وهو مابينا وقطع يسير وهو ان يقطع طرفا من اطراف الثوب ولا يثبت فيه الخيار للمالك ولكن يضمنه النقصان وقطع فاحش مستأصل للثوب وهو ان يقطع الثوب قطعا لا يصلح لما يراد منه ولا يرغب فى شرائه فعن الامام المالك بالخيار ان شاء ترك المقطوع وضمنه القيمة وان شاء أخذ المقطوع ولا شئ له وعندهما له ان ياخذ القيمة ويضمنه النقصان اه فظهر ان ماأطلقه المؤلف فى الخرق الفاحش انما يتاتى على قولهما لا على قول الامام وفى المنتقى بشر عن أبى يوسف غصب شاة فحلبها ضمن قيمة اللبن اه قال رحمه الله ﴿وفى الخرق اليسير ضمن نقصانه﴾ يعنى مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص بذلك وكان له ان يضمنه النقصان وقد بينا الفرق بين الفاحش واليسير وقال الشارح واختلفوا فى الخرق اليسير والفاحش قيل مايوجب نقصان ربع القيمة فاحش ومادونه يسير وقيل مانيقص به نصف القيمة والصحيح ان الفاحش مايفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير مالايفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان فى المنفعة لان الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنفعة والنقصان عبارة عن تفويت المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لاغير ولا عبرة بقيام أكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر العمل باحدهما ومتى أمكن العمل بهما لا يضر الترجيح ولا يشتغل به قال شمس الائمة السرخسى الحكم الذى ذكرناه فى الخرق فى الثوب اذا كان فاحشا هو الحكم فى كل عين من الاعيان الا فى الاموال الربوية فان التعييب فيها سواء كان فاحشا أو يسيرا فالمالك فيها مخير بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين ان يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته لان تضمين النقصان متعذر لانه يؤدى الى الربا هذا اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة وأما اذا أحدث فيه صنعة فيأتى فى المتن وفى الاصل غصب ثوبا فعفن عنده أو اصفر أخذه المالك ومانقص منه اذا كان النقصان يسيرا ولو فاحشا خير بين الاخذ والترك اه قال رحمه الله تعالى ﴿ولو غرس أو بنى فى أرض الغير قلعا وردت﴾ أى قلع البناء والغرس وردت الارض الى صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أى ليس لذى عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صائم نهاره وقائم ليله قال الله تعالى فيها يفرق كل أمر حكيم ولان الارض باقية على ملكه اذا لم تكن مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولم يوجد فيها شئ يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها الى مالكها كما اذا أشغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء وان كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة ويأخذ هاذكره فى النهاية وعلى هذا لو بلعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فصاحبه ان ياخذ ويضمنه قيمة الاخرى وعلى هذا التفصيل لو أدخل فصيل غيره فى داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الحائط وعلى هذا التفصيل لو أدخل البقر رأسه فى قدر من النحاس فتعذر اخراجه وقد استوعبنا هذه المسئلة بفروعها فى مسئلة نقصان الارض فلا نعيده وفى التتارخانية لو غصب حنطة فزرعها تصدق بالفضل اه قال رحمه الله ﴿فان نقصت الارض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعا ويكونان له﴾ أى اذا كانت الارض تنقص بالقلع كان لصاحب الارض ان يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر لهما وانما يضمن قيمتها مقلوعا لانه مستحق للقلع وليس له ان يستديم فيها فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت مقلوعا وكيفية معرفتها انه يقوم الارض وبها بناء أو شجر ويستحق قلعه أى أمر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا ان لو قدر البناء أو الغرس مقلوعا موضوعا فى الارض بان يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا أو البناء حجارة محكومة على الارض فيقوم وحده من غير ان يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المحكومة دون المبنية قال رحمه الله ﴿وان صبغ أو لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم مازاد الصبغ والسمن﴾ يعنى اذا غصب ثوبا وصبغه أو سويقا فلته بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وان شاء أخذ المصبوغ والملتوت وغرم مازاد الصبغ

والسمن وقال الامام الشافعي يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه لصاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان بخلاف السمن لتعذر التمييز ولنا ان الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب ضمانه حقهما ما أمكن فكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لانه صاحب الاصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالاصل وكذا السويق أصل والسمن تبع بخلاف البناء لان التمييز ممكن بالنقض وله وجود بعد النقض فامكن ايصال حق كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل أحد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بتملك الصبغ بقيمته وظاهر العبارة انحصار الحكم فيما ذكر وقال أبو عصمة في مسئلة الغصب ان شاء رب الثوب باعه فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا وجه حسن في وصول حق كل واحد منهما الى صاحبه وتتأتى بغرامة يضمن فيهما مثل هذا فيما اذا كان انصبغ بنفسه أيضا والجواب في اللت كالجواب في الصبغ انه يضمن مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق والسمن من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب وقال في الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت بالقلي فلم يكن مثليا كالخبز ومار وى عن الامام انه اذا اصبغ الثوب اسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع الى اختلاف عصر وزمان فان بني أمية في زمانه كانوا يمنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد ولا خلاف في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر للون الصبغ لان من الثياب ما يزاد بالسواد ومنها ما ينقص والمعتبر هو الزيادة والنقصان حقيقة فلو صبغه فنقصه الصبغ بان كانت قيمته ثلاثين درهما فرجعت بالصبغ الى عشرين فعند محمد ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة لان صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة قصاصا ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد قال الشارح وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه ان يطالب الى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيأ ولم يحصل له به الا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة فكيف صار مسقطا له هنا ولك ان تقول لا اشكال لان الشارع ناظر الى حق كل منهما فلو ألزمناه ان يدفع العشرة ضاع مال الغاصب وهو الصبغ مجانا وذلك ظلم والظالم لا يظلم فاوجبناها على رب الثوب فوصل الى المغصوب منه كما ذكر كل حقه ما عليه وما بقي له وكون الاتلاف مقررا لا ينافي كونه مسقطا لان الاتلاف بالنظر الى النقصان والاسقاط بالنظر الى عين الصبغ فتأمل قال في المحيط ولو غصب صاحب الثوب عصفرا وصبغ به ثوبه فعليه مثله لانه مثلي ولو غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا ضمن مثل عصفره وخير رب الثوب كما ذكرنا ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد وصبغه به كان لربهما أن يأخذه مصبوغا وبرئ الغاصب من الضمان وان شاء ضمنه قيمة ثوبه ومثل عصفره ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذا الثوب مصبوغا كما لو كان لواحد ليس لهما ذلك لانه لما اختلف المالك كان خلط المالين استهلاكا من كل وجه واذا اتحد المالك يكون الخلط استهلاكا من وجه دون وجه ولو صبغ الراهن الثوب بعصفر خرج عن الرهن وضمن قيمته ولو كان الثوب والعصفر رهنا كان للمرتهن أن يضمنه قيمة الثوب ومثل عصفره وان شاء رضي بان يكون الثوب المصبوغ رهنا في يده في المنتقى قال هشام سألت محمدا عن رجل غصب من رجل ألف درهم وخلط بها دراهم من ماله قال مذهب أبي يوسف في هذا الباب أن دراهم الخالط اذا كانت أكثر فهو مستهلك وضمن الدراهم المغصوبة وان كانت دراهم الخالط أقل فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه دراهمه وان شاء شاركه بالمخلوط بقدر دراهمه قلت فان كانا سواء فما مذهب أبي يوسف قال لا أدري وأما في قولهما فالمغصوب منه بالخيار على كل حال ان شاء ضمن الغاصب دراهمه وان شاء كان شريكا فيهما وأفاد بقوله وان صبغ ان ذلك حصل بصنعه فلو حصل بغير صنعه لا يكون الحكم كذلك ولهذا روى هشام عن محمد فقال اذا كان مع رجل سويق ومع رجل آخر سمن أو زيت فاصطدما فانصب زيت هذا أو سمنه في سويق هذا فان صاحب السويق يضمن لصاحب السمن أو الزيت مثل سمنه أو زيته لان صاحب السويق استهلك سمن هذا ولم يستهلك صاحب السمن سويق هذا أو سمنه في سويق هذا فان صاحب السويق يضمن لصاحب السمن ولان هذا زيادة في السويق وان كان مع أحدهما سويق ومع الآخر نورة فاصطدما فانصب سويق هذا في نورة

هذا فان شاء صاحب السويق أخذ سويقه ناقصا وأعطى الآخر مثل النورة وان شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سويقه وسلم سويقه اليه أو ضمن صاحب السويق لصاحب النورة مثل كيل نورته وفي الذخيرة واذا فعل ذلك غيرهما وذهب فليس لصاحب النورة على صاحب السويق شئ والسويق لصاحب السويق وفي الخانية ولو اختلط نورة رجل بدقيق آخر بغير صنع أحد يباع المختلط ويضرب لكل واحد منهما بقيمة نصيبه مختلطا لان هذا نقصان حصل لا بفعل أحد فليس أحدهما بايجاب النقصان عليه باولى من الآخر وفي جامع الجوامع صب رديئا على جيد ضمن مثل الجيد وان كان قليلا وكان شريكا بقدر ماصب من الجنس فيه وفي التجريد عن أبي يوسف فيمن صب طعاما على طعام ان كان طعامه أكثر كان ضامنا وان كان طعامه أقل لم يكن ضامنا ولم يصر مستهلكا وفي الخانية رجل جاء الى خل انسان وصب فيه خمرا وهما نصفان قال لصاحب الخمر أن ياخذ نصف الخل وعن أبي القاسم رحمه الله تعالى رجل غصب خمرا وجعلها في حبه وصب فيها خلا من عنده فصار الخمر خلا قال يكون الخمر للغاصب قياسا وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى قيل الخل يكون بينهما على قدر حقهما لانه صار كانهما خلطا خلهما قال وبه ناخذ كذا في الاصل وفي المنتقى عن محمد رجل معه دراهم ينظر اليها فوقع بعضها في دراهم رجل فاختلط كان ضامنا لها والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان كيفية مايوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال رحمه الله ﴿غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه﴾ وقال الامام الشافعي رحمه الله لا يملكه لان الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر وهذا لان الملك مرغوب فيه فلا ينال بالمحرم لانه منهي عنه لقوله تعالى لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والغصب ليس فيه تراض ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويدا فوجب أن يزول ملكه عن المبدل ان كان يقبله دفعا للضرر عن الغاصب وتحقيقا للعدل حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ولان الفائت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك اذ ملكه قائم في العين فلا يكون بدلا عن العين ولهذا قلنا لو كسر قلب غيره وقضى القاضي عليه بالقيمة وأخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين لبطل كونه صرفا ولا تقول لو كان بدلا عما فات من اليد مع بقاء العين في ملكه لكان اجحافا بالغاصب بازالة ملكه واثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين في ملكه مع امكان تحقيق العدل بينهما وهذا خلف لان من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها والجواب عن الآية ان الرضا قد وجد منه لما طلب القيمة ولا يقال لو غصب مدبرا وغيبه لا يملكه لانا نقول المدبر لا يقبل النقل من ملك الى آخر ولم يتعرض المؤلف لما اذا غاب المغصوب بغير صنع من الغاصب بان كان عبدا فابق عنده فانه اذا ضمن قيمته ملكه كما ذكر فلو قال غاب مكان غيب لكان أولى لانه اذا ملكه فيما اذا غاب بغير صنعه علم الحكم فيما اذا كان بصنعه بطريق الاولى ولم يتعرض لما اذا غاب المغصوب منه وترك العين روى ابن سماعة عن محمد للقاضي ان ياخذ المال من الغاصب والسارق اذا كان المالك غائبا ويحفظ عليه فان ضاع ثم خاصم صاحب المال فله أن يضمن الغاصب ولا يبرأ بأخذ القاضي اهـ وفي الخانية غاب المغصوب منه فطلب الغاصب من القاضي أن ياذن له بالانفاق ليرجع بذلك على المالك لا يجيبه القاضي الى ذلك والنفقة تكون على الغاصب ولو قضى القاضي بالانفاق على المغصوب منه لا يجب عليه منه شئ وان رأى القاضي أن يبيع العبد أو الدابة ويمسك الثمن فلو فعل ذلك صح اهـ غصب جارية قيمتها ألف فغصبها منه آخر فابقت الجارية يضمن الغاصب الثاني الغاصب الاول لان للاول أخذها لو كانت قائمة ليتمكن من ردها الى المالك فيبرأ عن الضمان فان أخذ القيمة فلا سبيل للمالك على الغاصب الثاني لانه خرج عن عهدة الضمان برد القيمة لان رد القيمة حال عجزه عن رد العين كرد العين فان كانت القيمة قائمة عنده فللمالك أخذها لانها نزلت منزلة العين فان كانت هالكة يلزمه الضمان لولي الجارية لانه بمنزلة مالو استرد الجارية وهلكت عنده لانه لا يخرج عن عهدة الضمان مالم يردها الى المالك وان كانت قيمتها ألفا عند الاول فقبضها الثاني وقيمتها ألفان فابقت من يد الثاني وأخذ الاول من الثاني ألفي درهم وهلكت من يد الاول لم يكن للمالك ان يضمن الاول ألفي درهم وانما يضمنه قيمتها يوم الغصب ألف درهم لان الالف الثانية أمانة في يده لانها حدثت بعد الغصب الاول والزيادة الحادثة في يد الغاصب أمانة كالزيادة في عين المغصوب فان ظهرت الجارية والقيمة في الاول فالمولى بالخيار ان شاء أخذ الجارية وان شاء أخذ القيمة وان شاء ضمن الاول قيمتها يوم غصبها منه أراد بالتضمين ان ياخذ القيمة من الاول برضاه فيكون بمنزلة المبيع منه لان الجارية لما عادت من الاباق فقد قدر الاول على رد المغصوب

والغاصب مادام قادرا على رد المغصوب ليس للمالك أن يضمنه قيمته الا برضاه والغاصب الاول لما ضمن الثانى القيمة فقد ملك الجارية منه حكما فصار كما لو غصب الجارية من الثانى بغير أمر المولى فيتوقف البيع على اجازته ان شاء رده وأخذ الجارية وان شاء أجازه وأخذ بدلها فاذا أخذ المولى الجارية رجع الثانى على الاول بالقيمة لانه بدل لم يسلم له كذا فى المحيط قال رحمه الله ﴿والقول فى القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك﴾ لان الغاصب منكر والمالك مدع ولو أقام الغاصب البينة لا تقبل لانها تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل ذكره فى النهاية ثم قال وقال بعض مشايخنا ينبغى ان تقبل بينة الغاصب ألا ترى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل وكان أبو على النسفى يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة و بين مسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين و باقامة البينة أسقطها فارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه اليمين والقيمة و باقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون فى معنى المودع كذا فى العناية قال رحمه الله ﴿وان ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينة أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك﴾ لانه رضى به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه ولم يتعرض كثير لقدر الزيادة وفى المجتبى لو ظهر وقد زادت قيمته دانقا فللمالك ماذكر من الاحكام وقوله وقيمته أكثر قيد فى هذه المسئلة لا فى التى بعدها كما سيأتى قال رحمه الله ﴿وان ضمنه بيمين الغاصب﴾ فالمالك يمضى الضمان أو يأخذ المغصوب و يرد العوض لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وانما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه به أو أقل من هذه الصورة وهى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخى رحمه الله لا خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفى ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه وله أن لا يبيع ماله الا بثمن يختاره و يرضى به وكان له الخيار ثم اذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التى دفعها اليه لانها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لانه غير مقابل به بل بما فات من البدل على ما بينا قال فى المحيط ولو اختلفا فى عين المغصوب أو فى صفته أو فى قيمته وقت الغصب فالقول للغاصب لان المالك يدعى عليه زيادة مقدار أو زيادة ضمان وهو منكر فيكون القول للمنكر ولو غصب من رجل ثوبا فضمن عنه رجل قيمته واختلفوا فى القيمة فقال الكفيل عشرة وقال الغاصب عشرون وقال المالك ثلاثون فالقول للكفيل ولا يصدق واحد منهما عليه لان المكفول له يدعى على الكفيل زيادة وهو ينكر والغاصب يدعى زيادة عشرة واقرار المقر يصح فى حقه ولا يصح فى حق غيره فيلزمه عشرة أخرى دون الكفيل ولو قال الغاصب رددت المغصوب عليه وقال المالك لا بل هلك عندك فالقول للمالك لانه أقر بسبب الوجوب ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق الا بحجة كما لو قال أخذت مالك باذنك أو أكلت مالك باذنك وأنكر صاحب المال الاذن ولو أقام الغاصب البينة انه رد الدابة المغصوبة وأقام المالك البينة بان الدابة تعيبت من ركوبه أو أتلفها الغاصب ضمن الغاصب لانه لا تناقض ولا تنافى بين البينتين لجواز ردها اليه ثم ركبها بعد الرد وتعيبت من ركوبه ويكون هذا غصبا مستأنفا فيعمل بالبينتين على هذا الوجه توفيقا وتلفيقا بينهما ولو أقام الغاصب البينة انه ردها ونفقت عنده وأقام المالك البينة انها نفقت عند الغاصب ولم يشهدوا انها نفقت من ركوبه لا ضمان عليه لانا متى جعلنا أن الغاصب ردها ثم نفقت بعد الرد فلا يثبت منه غصبا مستأنفا ولو أقام المالك البينة انه مات المغصوب عند الغاصب وأقام الغاصب البينة انه مات عند المالك فبينة الغاصب أولى لان بينة المالك قامت على الموت لا على الغصب لانه ثابت باقرار الغاصب والضمان يجب بالغصب لا بالموت فلا يفيد اقامة البينة على الموت و بينة الغاصب مثبتة للرد لانها مثبتة للموت فى يد المالك و يتعلق به الرد وكانت أولى ولو أشهد الغاصب بانه مات فى يد مولاه قبل الغصب لم تقبل هذه الشهادة لان موته فى يد مولاه قبل الغصب لم يتعلق به حكم لانه لا يفيد الرد وانما يفيد نفى الغصب و بينة المولى تثبت الغصب والضمان فكانت أولى وفى النوادر ولو أقام المالك البينة انه كان يوم النحر بمكة فالضمان واجب على الغاصب لان كونه بمكة لا يتعلق به حكم فسقطت بينته و بينة المالك تثبت الغصب والضمان رجل فى يده جبة ادعى آخر انه غصبها منه فاقر له بالظهارة و بالبطانة فالقول قوله مع يمينه لانه أقر بغصب أحدهما وأنكر غصب أحدهما و يضمن قيمة الظهارة لانه أحدث فى الظهارة صفة متقومة وهو التضريب على البطانة وقد استهلكها من وجه لان الظهارة صارت تابعة لملك الغاصب وهو الحشو والبطانة لانهما أكثر من الظهارة فيصير الاقل تابعا للاكثر صيانة لحق الغاصب كما فى الساحة يدخلها فى بنائه قال رحمه الله ﴿وان باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وان

حرره

حرره ثم ضمنه لا﴾ أى لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك فى حق الاولاد ويظهر فى حق الاكساب لان للولد أصلا من وجه قبل الانفصال وبعده أصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهو نفع محض والملك الناقص يكفى لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقهما ولا يشبه هذا عتق المشترى من الغاصب حيث ينفذ باجازة المالك البيع عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا بضمان الغاصب القيمة فى الاصح لان العتق ترتب على سبب ملك قام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على أنه قام ان الاشهاد يشترط فى النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن قام لاشترط عند الاجازة ولهذا لو تصارف الغاصبان وتقابضا وافترقا وأجاز المالكان بعد الافتراق جاز الصرف وكذا البيع يملك عند الاجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاما بنفسه لما كان كذلك ولا يشترط قيام الثمن وقت الاجازة ولو لم يكن عالما بقيام المبيع بان كان قد أبق العبد من يد المشترى ذكره فى ظاهر الرواية قيد باعتاق الغاصب ثم يضمنه احترازا عن اعتاق المشترى من الغاصب ثم تضمين الغاصب فانه فى رواية يصح وهو الاصح وفى رواية لا يصح كذا فى العناية قال رحمه الله ﴿وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدى﴾ أى بالمنع بعد طلب المالك وقال الشافعى هى مضمونة على الغاصب ولا فرق بين أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة أو كانت بالعسر ولنا ان الغصب ازالة يد المالك عنه واثبات يد الغاصب ولا يتحقق ذلك فى الزيادة لانها لم تكن فى يد المالك فلا تضمن الا بالتعدى أو بالمنع عند طلبه لانه يصير متعديا به وانما ضمن ولد الظبية التى أخرجها من الحرم فولدت لوجود المنع من الرد لان الرد واجب عليه الى الحرم لحق الشرع حتى لو ردها وهلكت قبل تمكنه من الرد لا يضمن لعدم المنع على هذا أكثر مشايخنا ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقا تمكن من الرد أو لم يتمكن فهو ضمان اتلاف لان الصيد كان فى الحرم أمينا يبعده عن أيدى الناس وقد فوت الامن باثبات اليد عليه فتحققت الجناية عليه لذلك ولهذا لو أخرج جماعة محرمون صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل ولو كان ضمان الغصب لوجب عليهم قيمة واحدة وفى العناية واعترض على الدليل بانه يقتضى ان يضمن الولد اذا غصب الجارية كاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بينه وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت فى يده فولدت والرواية فى الاسرار وأجيب بان الحبل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا فى الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ظاهرا وفى الكافى ولو باع الغاصب الاصل والزوائد وسلم والزيادة متصلة فان كان قائما أخذه صاحبه وان كان هالكا فهو بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن المشترى قيمته يوم القبض وليس له أن يضمن البائع وفى العناية لو كفل انسان عن الغاصب بغير أمره وأدى الضمان فالعبد له وفى الينابيع ولو أبق العبد من الغاصب فالجعل على المولى عند أبى يوسف ولا يرجع به الغاصب وقال محمد يرجع على الغاصب اه قال رحمه الله ﴿وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها﴾ يعنى اذا ولدت الجارية المغصوبة فنقصت بالولادة فهو مضمون على الغاصب ويجبر بولدها اذا كان فى قيمته وفاء بالنقصان وان لم يكن يسقط بقدره وقال زفر والشافعى لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فكيف يجبر ملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الرد أو هلكت الام بالولادة أو غيرهما من الاسباب ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها أوجبت فوات جزء من مالية الام وجددت مالية الولد لان الولد انما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به ألا ترى انه لا يجوز التصرف فيه بيعا وهبة ونحوه فاذا صار مالا به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما اذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا عن الشهادة لا يضمنون لانهم اختلفوا بالشهادة قدر ما اتلفوا بها فلا يعد اتلافا لاتحاد السبب كذا هذا وكما اذا قطعت يده عند الغاصب فرده مع ارش اليد فانه يجبر نقصانه بالارش لما ذكرنا من اتحاد السبب لان السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان ولان الواجب على الغاصب ان يرد ما غصب أو ماليته كما لو غصب من غير نقصان فان فعل ذلك برئ من الضمان ألا ترى انه لو غصب جارية سمينة مرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت ثم عادت مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن وكذا اذا سقط سن منها أو قلعه الغاصب فنبتت مكانه أخرى فردها سقط ضمانها وقولهما كيف يجبر ملكه بملكه قلنا ليس هذا جبرا فى الحقيقة وانما هو اعتبار الملك منفصلا بعضه عن بعض بعد ان كان متحدا كما اذا غصب نقرة

فضة فقطعها فانه يردها ولاشئ عليه غيرها اذالم ينقص بالقطع وولد الظبية ممنوع فان نقصانها يجبر بولدها عندنا فلا يرد علينا وكذا اذا ماتت الام ممنوعة فى رواية عند أبى حنيفة فانه روى عنه ان الام اذا ماتت وفى الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه وفى رواية عنه انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة و يضمن مازاد على ذلك من قيمة الام وفى ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب وتخريجه أن الولادة ليست سببا لموت الام اذلا تفضى اليه غالبا فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهى نحافة الام وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما اذا اتحد وأما اذا ماتت الولد قبل الرد فلانه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصاء ليس بزيادة لانه غرض لبعض الفسقة ولذا لو غصب الخصى وهلك عنده لاتجب عليه قيمته خصيا وانما يجب عليه قيمته غير خصى وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاده بالخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ المصبوغ كذا ذكروه وهذا يفيد أنه يجب عليه ضمان مانقص بالخصاء مع رده وان زادت قيمته به وهو مشكل فان الغاصب اذا خصاه وازدادت به لايجب عليه ضمان مافات بالخصاء مع رد المخصى بل يجبر المالك ان شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك المخصى للغاصب وان شاء أخذه ولاشئ له غيره ذكره فى النهاية معزيا الى التتمة وقاضيخان وكان الاقرب هنا ان يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد فى السبب فيما عداذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجزء وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهم ه أطلق فى قوله ومانقصت الجارية بالولادة فشمل ما اذا حبلت فى يد الغاصب من وجه حلال أو حرام وموضوع المسئلة فى الثانى فكان عليه ان يقيد به اما الثانى فقال فى المحيط ولو حبلت فى يد الغاصب من زوج كان لها عند المالك أو أحبلها المولى لا يضمن الغاصب لان النقصان بسبب من جهة المولى وهو احباله أو تسليط الزوج عليها فصار كما لو قتلها فى يد الغاصب ولو غصب جارية حاملا أو محمومة أو مجروحة فماتت فى يده من ذلك يضمن قيمتها وبها ذلك العيب ولو حمت فى يد الغاصب أو ابيضت عيناها فردها فضمان النقصان على الغاصب فان زال فى يد المالك ما كان بها من حمى أو بياض العين برد المالك على الغاصب النقصان فصار كما لو حلق شعر انسان وأخذ بدله ثم نبت ولو غصب جارية فولدت عند الغاصب ثم غصبها وولدها من الغاصب رجل آخر فضمن المالك الغاصب الاول قيمة الام فللغاصب ان يضمن الثانى قيمة الام والولد ويتصدق بقيمة الولد ولو ولدت فى يد الغاصب فجحدها وولدها يضمن قيمتها يوم غصبها وولدها يوم الجحود وفى المنتقى ولو حمت فى يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت من ذلك ضمنه المولى قيمة النقصان قال رحمه الله ﴿ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا يضمن الحرة﴾ وهذا قول الامام أبى حنيفة وقالا لا يضمن الامة بل يضمن نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل والحبل عيب فيجب عليه نقصان العيب وهلاكها بعد ذلك بسبب حادث عند المالك فلا يبطل به الرد كما اذا حمت فى يد الغاصب فردها وماتت فى تلك الحمى أو زنت عند الغاصب فردها وجلدت بعد الرد عند المالك وماتت من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان البيع وكذا اذا سلم البائع الجارية للمشترى حبلى ولم يعلم المشترى بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشترى على البائع بشئ من الثمن اتفاقا وللامام انه يردها كما أخذها لانه أخذها وليس فيها عيب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما جنت جناية فى يد الغاصب فطلبت بها بعد الرد ودفعت بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب بخلاف الحرة فانها لا تضمن بالغصب وفى فصل الشراء الواجب التسليم وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم وفى الغصب السلامة شرط لصحة الرد فلم يرد مثل ما أخذ لا يعتد به فافترقا على أنه ممنوع وفى فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد فى يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة أقول يرد عليهم فى الظاهر انهم جعلوا الولادة ههنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بانها ليست سببا للموت فكان بين الكلامين تدافع وفى المحيط ولو سرقت عند الغاصب أو سرق العبد فرد فقطع عند المالك فعند الامام يضمن الغاصب نصف القيمة وعندهما يضمن نقصان السرقة اه قال رحمه الله ﴿ومنافع الغصب﴾ هذا معطوف على الحرة فى قوله ولا يضمن الغاصب منافع الغصب وقال الشافعى يضمن منافع الغصب لانها مال متقوم مضمون بالعقد كالاعيان ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها فى يده اذهى لم تكن حادثة فى يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا للحاجة والانسان لا يضمن ملك نفسه قال ابن قاضى زاده وههنا سؤال لم أر كثيرا من الشارحين تعرض له وهو ان يقال للقائل ان يقول مقتضى هذا الدليل ان لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع فى يده كما فى استئجار الدور والاراضى والدواب ونحوها لأن الانسان كما لا يضمن ملكه

لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع أنه تجب عليه الاجرة بالاجماع وأجاب عنه فى غاية البيان ان الاجرة عندنا لا تجب بمقابلة المنافع بل بالتمكن منها من جهة المالك وهذا السؤال ساقط من أصله لان الغاصب يزعم حدوث المنافع على ملك نفسه والمستأجر يعتقد حدوثها على ملك المؤجر فافترقا وقوله بالاتلاف متعلق أيضا بالمنافع يعنى وكذا منافع الغصب لا تضمن بالاتلاف لانه لا يخلو اما ان يرد عليها الاتلاف قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها وكل ذلك محال اما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يمكن وأما حال وجودها فلان الاتلاف اذا طرأ على الموجود رفعه فاذا قارن منعه وأما بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت فلا يتصور اتلاف المعدوم ولانا لو ضمناه المنافع لا يخلو اما ان تكون مضمونة بمثلها من المنافع لانه لا قائل بذلك ولا بالدراهم لعدم المماثلة والمماثلة شرط فى ضمان العدوان للآية قال صاحب العناية واعترض بما اذا أتلف ما يتسارع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم وهى لا تماثله فدل على ان المماثلة ليست بمعتبرة لا يقال منافع الغصب مضمونة عندكم فى الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاستغلال وهذا التعليل جار فيه قلنا العلل على وفق القياس والقول بضمان المنافع فيما ذكر وجه الاستحسان قال رحمه الله ﴿وخمر المسلم وخنزيره بالاتلاف﴾ أى لا يضمنهما لانهما ليسا بمتقومين فى حق المسلم وانما يصير متقوما باعتبار دين المغصوب منه بأنه متقوم أو يتعين بنفسه الى التقوم وفى شرح الطحاوى لا يضمن سواء أتلفه مسلم أو ذمى قال رحمه الله ﴿ويضمن لو كانا للذمى﴾ يعنى يضمن اذا أتلف خمر الذمى أو خنزيره وقال الامام الشافعى لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الجزية فأعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ولان حقهم لا يزيد على حق المسلم ولنا انا أمرنا ان نتركهم وما يدينون ولقول عمر لما سأل عماله ماذا يصنع بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فلولا انها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك من غير انكار فكان اجماعا وأورد على هذا الدليل فى العناية فقال لم لا نتركهم وما يدينون فى بعض الامور كاحداث بيعة وكنيسة وركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها ولان الامر باجتناب الرجس يتناول المسلم فيبقى فى حق الكافر على ما كان بخلاف الميتة والدم لان أحدا لا يعتقد تقومهما وبخلاف الربا فانه مستثنى من عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام الامن أربى فليس بيننا وبينه عهد وبخلاف العبد المرتد يكون للذمى فانا نقتله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عمدا اذا كان الذابح من المسلمين لان ولاية السيف والمحاجة ثابتة فيمكن الزامه فلا يجب على متلفه الضمان وأما اذا أتلف المسلم خمر الذمى تجب عليه قيمته وان كان مثليا لان المسلم ممنوع من تملكه وتمليكه بخلاف الذمى اذا استهلك خمر الذمى حيث يجب عليه مثله لقدرته عليه ولو أسلم الطالب بعد ما قضى عليه بمثلها فلا شئ له على المطلوب لان الخمر فى حقه ليس بمتقوم فكان باسلامه مبرأ عما كان فى ذمته من الخمر وكذا لو أسلما الان فى اسلامهما اسلام الطالب ولو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو يوسف لا يجب عليه شئ وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهى رواية عن الامام لان الاسلام الطارئ بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم ولابى يوسف ان قبض الخمر المستحق فى الذمة فقد تعذر استيفاؤه بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها أيضا لانه ممنوع منها وصار كما لو كسر قلبا لغيره ثم تلف المكسور فى يد صاحبه ليس لصاحبه ان يضمن الكاسر شيأ لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور وذلك قد فات ودليله مذكور فى المطولات وفى التتارخانية ولو أتلف موقوذة المجوسى مسلم الصحيح انه يضمنها ولم يتعرض الشارح لما يلزمه فى اتلاف خنزير الذمى والظاهر انه يضمن قيمته كما لو كان شاة كما فى موقوذة المجوسى أخذا من قولهم الخنزير فى حقهم كالشاة فى حقنا والتفصيل المتقدم فى الاسلام فى خمر الذمى يجرى كذلك فى خنزيره وقد قال الفقير هذا من غير أن يجد نقلا ثم ظفرت بالنقل وفى التتارخانية وان كان الخمر والخنزير لذمى يجب على متلفهما سواء كان المتلف مسلما أو ذميا غير ان المتلف ان كان ذميا فانه يجب عليه مثل الخمر وان كان المتلف مسلما يجب عليه قيمة الخمر وفى الخنزير يجب عليهما القيمة لان الخنزير لا مثل له من جنسه وفى التتارخانية أو كسر بيضة أو جوزة فوجد داخلها فاسدا فلا ضمان عليه وكذا لو كسر دراهم انسان ثم ظهر انها ستوقة فلا ضمان عليه واذا أفسد تأليف حصر انسان فان أمكن اعادته كما كان أمرناه بها فصار كما لو غصب سلم انسان وفرق سياهها وان لم يمكن الاعادة كما كان سلم المنقوض سياهها وضمن قيمة الحصر صحيحا وفى العيون غصب من آخر عبدا قيمته خمسمائة فخصاه فصار يساوى ألفا نص محمد ان صاحب الغلام بالخيار ان شاء ضمنه قيمته يوم خصائه وان شاء أخذ الغلام ولا شئ له وقال بعض مشايخنا يقوم الغلام بكم يشترى للعمل قبل

الخصاء ويقوم بعد الخصاء فيرجع بفضل ما بينهما قال الصدر الشهيد هشام الدين وهذا خلاف ما حفظناه من مشايخنا والمحفوظ المتقدم قال رحمه الله ﴿وان غصب خمرا من مسلم فخللها أو جلد ميتة ودبغ فللمالك أخذهما ورد ما زاد الدباغ فيه﴾ يعني يأخذ الخل بغير شيء والجلد المدبوغ يأخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس وبالثاني اذا دبغه بما له قيمة كالعفص والقرظ ونحو ذلك والفرق ان التخليل مطهر لها بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المغصوب منه لان المالية لا تثبت بفعله وبالدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته أن ينظر الى قيمة الجلد غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما فضل بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل وأطلق في التخليل فشمل ما اذا خللها بما له قيمة أو لا لكن قال في القدوري أما لو ألقى فيها ملحا أو خلا بما له قيمة فعند الامام يصير الخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعلى قولهما ان ألقى فيه الملح فللمالك أخذه ودفع ما زاد فيه قالوا معناه أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروا وكأنهم اعتبروا الملح مائعا وان ألقى فيه الخل فهو بينهما وان استهلكه ضمن الخل وان غصب عصيرا فصار عنده خلا فله أن يضمنه مثله ان كان في حينه وقيمته ان كان في غير حينه ولو أراد رب العصير أن يأخذ القيمة الصحيح انه ليس له ذلك وعن الثاني لو غصب عصيرا فصار عنده خمرا أو لبنا حليبا فصار عنده مخيضا أو عنبا فصار زبيبا فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ ذلك ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه مثله وسلم اليه وأطلق في الدباغ فشمل ما اذا دبغه بما له قيمة أو لا لكن قال في الاصل وان غصب جلد ميتة ودبغه فان دبغه بما لا قيمة له فانه يأخذه مجانا وفي الكافي فان دبغه بما له قيمة له أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ وأطلق في الجلد فشمل ما اذا أخذه من منزل صاحبه أو أخذه من الطريق بعدما ألقاه صاحبه فيه لكن قال القدوري هذا اذا أخذه من منزله أما اذا ألقى صاحبه الميتة في الطريق وأخذها رجل ودبغها فليس له أن يأخذ الجلد وفي الذخيرة عن الثاني له أن يأخذ الجلد وان ألقاه صاحبه في الطريق ولو كان المدبوغ جلد مذكى كان له ذلك قال مشايخنا لا يفرق بين جلد الميتة وجلد المذكى شيء ذهب اليه الحاكم الشهيد فالجواب في الميتة والمذكاة واحد قال رحمه الله ﴿وان أتلفهما ضمن الخل فقط﴾ يعني لو أتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردهما الى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ وهذا قول الامام وقالا يضمن قيمة الجلد مدبوغا أيضا ويعطي ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك وللامام ان ماليته وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولذا كان له حبسه والجلد تبع للمالك وملكه باق فيه ثم قيل يضمن قيمة جلد مدبوغ ويعطي ما زاد الدباغ قال فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على ما اذا قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير أما اذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي وهو قيمة جلد مذكى غير مدبوغ وفي الكافي وان استهلكه يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ والجمهور على انه يضمن قيمته مدبوغا ولو جعل الجلد فروا أو جرابا أو زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل وان خللها بصب الخل فيها قيل يكون للغاصب بغير شيء عند أبي حنيفة سواء صارت خلا من ساعتها أو بمرور الزمان عليها لان خلط الخل استهلاك واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال أبو حنيفة انه استهلاك وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقوقهما كيلا وفي التتارخانية واذا غصب ترابا أو لبنة أو جعله آنية فان كان له قيمة فهو مثل الحنطة اذا طحن فان لم يكن له قيمة فلا شيء عليه من الضمان وفي القدوري المغصوب منه يكون أسوة للغرماء في الثمن ولا يكون أخص بشيء من ذلك وفي الذخيرة اتخذ كوزا من طين غيره كان الكوز له فان قال رب الطين أنا أمرته به فهو أحق به وفي نوادر ابن سماعة رجل هشم طشتا لغيره وهو مما يباع وزنا فربه بالخيار ان شاء أمسك الطشت ولا شيء له وان شاء دفعه وأخذ قيمته وكذا كل مصنوع قيد بقوله أتلفهما لانهما لو هلكا لا يضمن بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع ولم يظهر لهذا الاختلاف في التقويم فائدة عندي فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنه قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها وقولهم لم ينظر الى قيمته ذكيا غير مذبوح بعينها والى قيمته مذبوحا فيضمن فضل ما بينهما صريح في ذلك فما فائدة الاختلاف والمآل واحد ولهذا لو دبغه بما لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك وفي السغناقي ومن أتلف الشاة المذبوحة المتروكة التسمية عمدا لا يضمن اهـ قال رحمه الله ﴿ومن كسر معزفا أو أراق سكرا أو منصفا ضمن﴾ وهذا قول الامام وقالا لا يضمنها لانها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر ولانه فعله باذن الشارع لقوله عليه

الصلاة والسلام بعثت لكسر المزامير وقتل الخنازير ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأى أحدكم منكرا فلينكره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد ولهذا لو فعله باذن ولى الامر وهو الامام لا يضمن فباذن الشارع أولى وللامام انه كسر مالا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد مضاف الى فعل الفاعل مختار والامر باليد فيما ذكر هو فى حق الامام وأعوانه لقدرتهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على أنه يحصل بدون الاتلاف كالاخذ ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما فى الامة المغنية والكبش النطوح والحمام الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى و يضمن قيمة السكر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع من تملك عينه وان جاز فعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون قيل الخلاف فى الدف والطبل اللذان يضربان للهو أما الدف والطبل اللذان يضربان فى العرس والغزو فيضمن اتفاقا ولو شق زقا فيه خمر يضمن عندهما لامكان الاراقة بدونه وعند أبى يوسف لا يضمن لانه قد لا تتيسر الاراقة الا به وفى العيون يضمن قيمة الزق وذكر فى النهاية انه لا يضمن الدنان الا اذا كسر باذن الامام والفتوى فى زماننا على قولهما لكثرة الفساد وذكر فى النهاية عن الصدر الشهيد يهدم البيت على من اعتاد الفسوق وأنواع الفساد وقالوا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق العصير أيضا قبل أن يتنبذ و يقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه مر على نائحة فى منزلها فضربها بالدرة حتى سقط خمارها قالوا يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال لا حرمة لها وتكلموا فى معنى قوله لا حرمة لها قيل معناه لما اشتغلت بالمحرم فقد أسقطت حرمة نفسها وروى ان الفقيه أبا الليث البلخى خرج على بعض نهر فكان النساء على شاطئه كاشفات الرؤس والاذرع فقيل له كيف تفعل فقال لا حرمة لهن انما الشك فى ايمانهن ثم الامر بالمعروف فرض ان كان يغلب على ظنه انه يقبل منه ولا يسعه تركه ولو علم انه يهان و يضرب ولا يصبر على ذلك أو تقع الفتن فتركه أفضل ولو علم انه يصبر على ذلك ولا يصل الى غيره ضرر فلا باس به ولو علم انهم لا يقبلون ذلك منه ولا يخاف منهم ضرر فهو بالخيار والامر أفضل وفى التتارخانية يضمن قيمته خشبا منحوتا وفى المنتقى يضمن قيمته ألواحا أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة يضمن قيمته غير منقوش بتماثيل فان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل ضمن قيمته منقوشا بمنزلة منقوش شجر أحرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا هدم بيتا مصورا باسباع وتماثيل الرجال والطير ضمن قيمة البيت والاسباع غير مصور فان قلت لماذا ضمن فى الباب غير منقوش وفى البساط مصورا قلت لان التصوير فى البساط بالصوف وهو مال فى ذاته بخلاف الخشب قال رحمه الله ﴿وصح بيع هذه الاشياء﴾ وهذا قول الامام وقالا لا يجوز بيع هذه الاشياء لانها ليست بمال متقوم وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية قال رحمه الله ﴿ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة لا أم الولد﴾ وهذا عند الامام وقالا يضمن أم الولد أيضا لانها متقومة عندهما كالمدبرة وقد ذكرناه والدليل من الجانبين فى كتاب العتق لا يقال قد علم مما ذكر المؤلف رحمه الله تعالى فى كتاب العتق ان أم الولد لا قيمة لها عند الامام حيث قال * وما لام ولد تقوم * فذكر أم الولد هنا لا فائدة له لانا نقول بل فيه فائدة لانه ثمة بين الحكم فيما اذا أعتقها الشريك فربما يتوهم شخص ان الحكم فى الغصب يخالف ما تقدم فبين المؤلف رحمه الله انه لا يخالف والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الشفعة ﴾

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه ولكن توفر الحاجة الى معرفته لكثرة الاحكام المتعلقة به أوجبت تقديمه والكلام فيها من وجوه الاول فى معناها لغة والثانى شرعا والثالث فى بيان دليلها والرابع فى بيان سببها والخامس فى ركنها والسادس فى شرطها والسابع فى حكمها وصفتها فهى لغة مأخوذة من الشفع الذى هو ضد الوتر وشرعا ما يذكره المؤلف ودليلها ما روى ان عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعه أو حائطه وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره وسببها دفع الضرر الذى ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث ايقاد النار واعلاء الجدار واثارة الغبار وركنها هو الاخذ من المشترى أو من البائع وشرطها كون المحل عقارا علوا كان أو سفلا مملوكا ببدل هو مال وأما حكمها فهو جواز طلب الشفعة عند تحقق سببها وصفتها أن الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والشرط قال رحمه الله ﴿هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه﴾ هذا فى الشرع وزاد

بعضهم شركة أو جوار فقوله تمليك جنس شمل تمليك العين والمنافع وقوله البقعة فصل أخرج به تمليك المنافع وقوله جبرا أخرج به البيع فانه يكون بالرضا وقوله بما قام عليه يعنى حقيقة أو حكما كما سيأتى فى الخمر وغيره والمراد تمليك البقعة أو بعضها ليشمل ما اذا اشتراها أحد شفعائها ففى التاتارخانية اشترى الجار دارا ولها جار آخر من جانب آخر وطلب الشفعة تقسم الدار بين المشترى والجار نصفين وفى التاتارخانية وانما تجب فى الاراضى التى يملك رقابها حتى لا تجب فى الاراضى التى حازها الامام لبيت المال وتدفع للناس مزارعة فصار لهم فيها بناء وأشجار فان بيع هذه الاراضى باطل وانما تجب بحق الملك فى الاراضى حتى لو بيعت دار بجنبها دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولى قال ابن قاضى زاده اذا كان حقيقة الشفعة التمليك لزم أن لا يكون لقوله الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضى ولا بقضاء القاضى ولم يوجد التمليك أيضا فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التمليك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضا قد صرحوا بان حكم الشفعة جواز الطلب وثبوت الملك بالقضاء أو بالتراضى فلو كان نفس التمليك لما صلح شئ من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو بالتراضى لأن يكون حكما للشفعة أما الاول فلأنه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى ملك المنفعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذى هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشئ يقارنه أو يعقبه فالاظهر عندى فى تعريف الشفعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار اه والجواب أن المراد بالوجوب والاستقرار استقرار حق الاخذ لا نفسه وقولهم حكم الشفعة جواز الطلب يعنى حكم حق الاخذ فلا ايراد قال رحمه الله ﴿وتجب للخليط فى نفس المبيع﴾ يعنى تثبت للشريك فى نفس المبيع لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعه واعترض بان الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الآخر الا أنه ينفى بعضه الآخر وهو ثبوتها لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق لان اللام فى الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند فاقتضى انتفاء حق الشفعة من غير الشريك كالجار والجواب أن ثبوت حق الشفعة للجار أفاده حديث آخر فظهر أن القصر غير حقيقى قال رحمه الله ﴿وتجب للخليط فى نفس المبيع ثم فى حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصا ثم للجار الملاصق﴾ يعنى يثبت بعد الاول للشريك فى حق المبيع كالشرب والطريق أما الطريق فقد تقدم دليله وأما الجار فلقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذى ذكره هنا لانها وجبت لدفع الضرر الدائم الذى يلحقه وكل ما كان أكثر اتصالا كان أخص ضررا وأشد فكان أحق بها القوة الموجب لها فليس للاضعف أن يأخذ مع وجود الاقوى الا اذا ترك فله أن يأخذ ان شهد وقال الشافعى لا تجب للجار وقوله ان كان خاصا يعنى الشرب والطريق وان لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة والطريق الخاص أن يكون غير نافذ وان كان نافذا فليس بخاص وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار فى السفلى فلأهلها الشفعة لا غير وان بيعت فى العليا كان لهم وللعليا جميعا لان فى العليا حقا لأهل السكتين حتى كان لهم كلهم أن يمروا فيها وليس فى السفلى حق لاهل العليا حتى لا يكون لهم أن يمروا فيها ولا لهم فتح باب والشرب الخاص عند الامام ومحمد أن يكون نهرا صغيرا لا تمر فيه السفن فان كانت تمر فيه السفن فليس بخاص فاذا بيعت أرض من الاراضى التى تسقى منه لا يستحق أهل النهر الشفعة والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل ان كان أهله يحصون فهو صغير وان كانوا لا يحصون فهو كبير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا فى حد ما يحصى وما لا يحصى فقدر ما يحصى بخمسمائة وقيل هو مفوض الى رأى المجتهدين فى كل عصر فان رأوه كثيرا كان كثيرا وان رأوه قليلا كان قليلا وهو أشبه الاقاويل بالفقه والجار الملاصق وهو الذى ظهر بيته الى ظهر بيت هذا وبابه فى سكة أخرى وفى شرح الطحاوى صورته دار فيها منازل وباب الدار الى سكة غير نافذة وأبواب هذه المنازل الى هذه الدار وكل منزل لرجل على حدة الا منزلا منها لرجلين ولهذا المنزل المشترك جار ملاصق على ظهره فباع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة أولا للذى لم يبع فان سلم أو لم يطلب فالشفعة لارباب المنازل ولو لم يطلبوا وسلموها فالشفعة لأهل السكة ويستوى فى ذلك الملاصق وغيره والجار الذى له الشفعة عندنا الملازق الذى داره لزيق الدار الذى وقع فيها الشراء والجار الذى هو مؤخر عن الشريك هو أن لا يكون شريكه فى الارض لا فى الطريق والمسيل وفى المحيط سكة غير نافذة فيها عطف فان كان مربعا فأهل العطف أولى بما بيع فيه لان المربع

كالمنفصل ولهذا لهم أن ينصبوا الدرب فى أعلاه وان كان العطف مدورا فالكل سواء لان المدور كالمتصل وفى نوادر ابن هشام قال أبو يوسف المدور والمربع والمستطيل سواء درب غير نافذ فى أسفله مسجد ظهره الى الطريق الاعظم خطه الامام فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لاهل الدرب الا من جاورها وان كان حول المسجد بيوت تحول بينه و بين الطريق فالشفعة لكل أهل الدرب الا من جاورها لان الامام لما خط المسجد للطريق كان له أن يفتح الى الطريق و يدخل الناس منه الى الصلاه وامكان الفتح الآن كالفتح السابق وفى التتارخانية ولو كان المبيع بعضه يلازقه و بعضه لا يلازقه فالشفعة له فيما يلازقه أرضا كان أو بستانا أو غيره ولم يتعرض المؤلف لما اذا كان شريكا فى الطريق والآخر فى المسيل من يقدم وفى التتارخانية وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب المسيل اذا لم يكن المال مسيل الماء لكاله ٧ اه قال رحمه الله ﴿والشريك فى خشبة وواضع الجزوع على الحائط جار﴾ لا يكون شريكا لان الشركة المعتبرة هى الشركة فى العقار لا فى المنقول والخشبة منقولة وواضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكا بل جار ملاصق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر فيستحق الشفعة على أنه جار ملاصق ولا يرجح بذلك على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد بدون الارض لا يستحق به الشفعة ولو كان البناء والارض الذى عليها البناء مشتركا بينهما كان هذا أولى لانه شريك فى بعض المبيع و يتأتى ذلك فيما بينا أولا على وجه الشركة ثم تقسما الارض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه مشتركا فهو شريك فيقدم على الجار هذا رواية وفى رواية هو والجار سواء فى غير موضع الجدار لان الشفعة فى غير موضع الجدار بالجوار وهو فيه سواء وفى الجامع الصغير الحسامى ولو كان خليطا من وجه كان مقدما على الجار وفى أدب القاضى للخصاف الجار الذى هو مؤخر عن الشريك فى الطريق هو من لا يكون شريكا فى الارض فلو كان شريكا فى منزل فى الدار أو بيت منها فبيعت الدار كان هو أحق فى المنزل لما ذكرنا واستويا فى البقعة فى رواية لانهم كلهم جيران فى حق البقعة ولو كان دار بين رجلين ولاحدهما فيها منزل مشترك بينه و بين آخر غير شريكه فى الدار فباعها كان الشريك فى الدار أولى بشفعة الدار لانه شريك فيها والشريك فى البئر أولى بالبئر لانه شريك فيها والآخر جار وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين وعليه علو لاحدهما مشترك بينه و بين الآخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه فى العلو والسفل لشريكه فى السفل لان كل واحد منهما شريكه فى نفس المبيع وجار فى حق الآخر كذا فى الشارح وغيره قال ابن قاضى زاده فى هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه فى المغرب وقد تقدم ذلك فى بيان الحقوق فتمثيل الشريك فى المنزل بشركة فى بيت يخالف ما تقدم ولا ضرورة تدعو اليه اه والجواب أنه تقدم أن الفرق بين المنزل والبيت اصطلاح طائفة وعند طائفة أخرى لا فرق فهذا على عدم الفرق فلا قصور وفى المحيط دار بيعت ولها بابان فى زقاقين ينظران كانت فى الاصل دارين باب كل منهما فى زقاق اشتراهما رجل واحد فى رفع الحائط من بينهما وصارت دارا واحدة ولها باب فالشفعة لاهل الزقاقين فى الدار جميعا على السواء فكان العبرة للاصل دون العارض ونظير هذين الزقاقين اذا كان أسفله زقاق الى جانب آخر فرفع الحائط من بينهما فصار الكل سكة واحدة كان لاهل كل زقاق الشفعة فى الذى يليهم خاصة ولا شفعة فى الجانب الآخر قوم اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم فجعلوها نافذة ثم بنوا دورا وجعلوا أبواب الدور مشارعة الى سكة فباع بعضهم داره فالشفعة بينهم بالسواء لان هذه السكة وان كانت نافذة فكأنها غير نافذة واذا بيع السفل فلصاحب العلو الشفعة فان لم يأخذ حتى انهدم البناء أو كان مهدوما حين البيع فلا شفعة له عند الثانى وقال الثالث له الشفعة لان الشفعة تستحق بسبب اقرار البناء وهو حق التعلى وهو قائم ولابى يوسف ان الشفعة انما تجب بما هو مملوك له وهو البناء والهواء وحق التعلى ليسا بمملوكين قال رحمه الله ﴿على عدد الرؤس بالبيع﴾ يعنى تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الرؤس اذا كانوا كثيرين والباء فى قوله بالبيع تتعلق بتجب فى قوله تجب للخليط معناه تجب الشفعة بعد عقد البيع أى بعده لانه سبب له لان السبب هو الاتصال على ما بيناه وأورد عليه أن مجىء الباء بمعنى بعد لم يذكر فى مشاهير كتب العربية فالاظهر أن تكون الباء للمصاحبة والمقارنة فانه كثير مذكور فى كتب العربية قال فى العناية لو كان السبب هو الاتصال لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب كالابراء بعد وجود الدين وأجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط بعده ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب وقال الشافعى على مقدار الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا ترى انها لتكميل المنفعة فاشبهت الغلة والربح والولد والثمرة ولنا انهم استووا فى

سبب الاستحقاق وهو علة استحقاق الكل فى حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل والاستواء فى العلة يوجب الاستواء فى الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوتها وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر الملك بخلافه هنا ولو أسقط أحدهم حقه قبل القضاء فان لمن بقى ان ياخذ الكل لان التشقيص للمزاحمة وقد زال بخلاف ما اذا أسقط حقه بعد القضاء حيث لا يكون له ان ياخذ نصيب الآخر لانه بالقضاء قطع كل واحد منهما عن نصيب الآخر ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين لان الغائب يحتمل ان لا يطلب فلا يؤخر بالشك وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى بالشفعة لما ذكرنا ثم اذا حضر الغائب فطلب قضى له لتحقق طلبه غير ان الغائب اذا كان يقاسم الحاضر لا يقضى له بالكل اذا أسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقى بالقضاء وهو نظير ما اذا قضى للشريك ثم ترك ليس للجار ان ياخذه لانه بالقضاء للشريك انقطع حقه ولو أراد أخذ البعض وترك البعض فليس له ذلك الا برضا المشترى ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه لاعراضه ويقسم على عدد الرؤس ولو كان أحد الشفعاء حاضرا والآخر غائبا وطلب الحاضر الشفعة فى النصف على حساب انه يستحق فى النصف بطلت شفعته لانه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة ولو كانا حاضرين وطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما ولو طلب أحدهما النصف والآخر الكل بطل حقه من طلب النصف وللآخر أن ياخذ الكل قال فى المحيط ولو كانت دار بين ثلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع صاحب النصف نصيبه فانه يقسم ما باع بين الشريكين نصفين لانهما استويا فى علة الاستحقاق وهو الاتصال والضرر ولهذا لو كانت الدار بين اثنين لاحدهما الاكثر وللآخر الاقل فاذا باع صاحب الكثير أخذ صاحب القليل كله ولو كان باعتبار الملك لاخذ بقدر ملكه قال رحمه الله تعالى ﴿وتستقر بالاشهاد﴾ لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد نظرا الى اثباته وهو أن الاحتياج الى اثباته اذا أنكر المشترى طلبه وأما اذا لم ينكر فلا يحتاج فعلى هذا ينبغى أن لا تبطل بترك الاشهاد اذا لم ينكر مع أن الظاهر من كلامهم بطلانها بترك ذلك مطلقا قلت وقت الاشهاد متقدم على وقت الخصومة ففى انكار وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره غير معلوم فاذا ترك الاشهاد فى ذلك الوقت لم تعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قال رحمه الله ﴿وتملك بالاخذ بالتراضى أو قضاء القاضى﴾ قوله أو قضاء القاضى معطوف على الاخذ لا على التراضى لانه بالقضاء تثبت الملك فيها قبل الاخذ يعنى يملك الدار باحد هذين الامرين اما بالاخذ اذا سلمها المشترى برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لان ملك المشترى قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الشفيع الا برضاه أو بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة الا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضى أحوط حتى كان للشفيع أن يمنع عن الاخذ اذا سلم المشترى له بغير قضاء لان فى القضاء زيادة فائدة وهى صيرورة الحادثة معلومة للقاضى وتبين ملكه له فاذا كانت تملك باحد الامرين لا يثبت له فيها شئ من أحكام الملك قبله حتى لا تورث عنه اذا مات فى هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله تعالى أعلم.

﴿باب طلب الشفعة﴾

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه زاد فى الهداية والخصومة فيها ووجهه لما كان للخصومة فى الشفعة شان مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات شرع فى بيانها أيضا قال رحمه الله ﴿فان علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه على الطلب﴾ وهو طلب المواثبة وسمى به لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولا بد منه لما بينا والشرط أن يطلب اذا علم على الفور من غير تاخير ولا سكوت لان سكوته بعد علمه يدل على رضاه بالمشترى فتبطل شفعته اذا كان بعد العلم بالمشترى والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضا بالعلم بها فاذا أخبر بحضرة شهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته أحد يطلب من غير اشهاد والاشهاد لمخالفة الجحود والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى ولتمكنه من الحلف اذا حلف ولئلا يكون معرضا عنها وراضيا وكون الطلب متصلا يعنى على الفور هذا عند عامة المشايخ وروى هشام عن محمد ان له التأمل الى آخر المجلس كالمخير لانه يملك ولا بد من التأمل وهو اختيار الكرخى وبعض المشايخ وفى التجريد وهو أصح الروايتين وفى الفتاوى العتابية ولو سكت مكرها لا يبطل وكيفية الطلب على الصحيح أن يكون بلفظ الماضى أو المستقبل اذا كان لفظه يفهم منه طلب الشفعة وفى الظهيرية شفعتى لى كان ذلك طلبا ومن الناس من لو قال طلبت وأخذت بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا

فى الابتداء والصحيح انه لا يبطل لانه انشاء عرفا ولو قال بعدما بلغه الخبر الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم أو سبحان الله لا تبطل شفعته على ما اختاره الكرخى لان الاول حمد على الخلاص والثانى تعجب والثالث لافتتاح الكلام ولا يدل شئ منها على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها أو بكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن وكذا لو قال خاص الله ولا يجب الطلب حتى يخبره رجلان غير عدلين أو واحد عدل أو رجل وامرأتان لانه فيه التزام من وجه فيشترط له أحد شطرى الشهادة هذا قول الامام وعندهما يجب عليه الطلب اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا اذا كان الخبر حقا ولو أخبره المشترى بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم والعدد والعدالة لا تعتبر فى الخصم قال رحمه الله ﴿ثم على البائع لو فى يده أو على المشترى أو عند العقار﴾ وهذا طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الاخذ ولا بد من هذه الثلاثة ولا بد من الاشهاد فى هذا لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضى كما تقرر ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بان بلغه بحضرة الشهود والمشترى والبائع حاضران وكان ذلك عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره شيخ الاسلام وفى العناية ولو باع الى أجل فاسد فعجل المشترى الثمن جاز البيع وثبتت الشفعة وكذا اذا باع الارض وفيها زرع وفى الخيار المزيد والاجل الى القطاف جاز أخذه بالشفعة فان لم يطلب بطلت واذا اشترى رجل من أهل البغى دارا من رجل فى عسكر أهل العدل فان كان لا يقدر أن يبعث وكيلا ولا يدخل بنفسه هو على شفعته ولا يضره ترك طلب الاشهاد وان كان يقدر على ذلك فلم يطلب طلب المواثبة بطلت شفعته وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذى سمع فيه ويشهد على البائع ان كان المبيع فى يده أو على المشترى أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وانما صح الاشهاد عند هؤلاء الثلاثة لان المشترى والبائع خصم فيه بالملك واليد وأما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البائع خصما بعد تسليم المبيع الى المشترى لعدم الملك واليد فلا يصح الاشهاد عليه بعده هكذا ذكره القدورى والناطفى وذكر شيخ الاسلام انه يصح استحسانا ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكين من الاشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وان قصد الأبعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا فى مصره جاز استحسانا لان نواحى المصر جعلت كناحية واحدة حكما كأنهم فى مكان واحد ولو كان بعضهم فيه والبعض فى مصر آخر أو فى الرستاق وقصد الابعد وترك الذى فى مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا لتباين المكانين حقيقة وحكما وان كان الشفيع غائبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر فى طلب التقدير بقدر المسافة الى أحد هذه الثلاثة وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبى يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان طلبه غير معلوم لا يصح فاذا لم يبين المطلوب لم تكن المطالبة لها اختصاص بالبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب وأما الثالث وهو طلب الاخذ والتملك فلا بد منه أيضا لانه لا يحكم له به بدون طلبه ونبين كيفية هذا الطلب من قريب ان شاء الله تعالى وفى الهداية ويشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح فلو ترك الطلب قبله لم تبطل شفعته وفى الخانية لو عجز عن طلب الاشهاد بان كان البائع أو المشترى فى البغاة أو دار الحرب فان أمكنه أن يوكل بالطلب أو يكتب كتابا به ولم يفعل بطلت شفعته فان لم يمكنه التوكيل والكتاب لا تبطل وفى فتاوى أبى الليث ان كانت شفعته عند القاضى فطلب الى السلطان الذى يولى القضاء بطلت شفعته وان كانت شفعته عند الباشاة والسلطان وامتنع القاضى من احضاره فهو على شفعته وفى النوادر اذا أراد أن يفتتح الصلاة بجماعة فلم يذهب للطلب بطلت شفعته وفى الاصل الشفيع اذا علم بالبيع نصف الليل ولم يقدر على الخروج للاشهاد فان أشهد حين أصبح صح وان ترك الاشهاد حين أصبح بطلت اليهودى اذا علم يوم السبت وترك الطلب بطلت شفعته وفى فتاوى أهل سمرقند الشفيع بالجوار اذا خاف أن يطلب الشفعة والقاضى لا يراها فترك الطلب لا تبطل شفعته واذا اتفق البائع والمشترى ان الشفيع علم بالشراء منه أياما ثم اختلفا بعد ذلك فى الطلب فقال الشفيع طلبت منذ علمت وقال المشترى ما طلبت القول قول المشترى وفى الظهيرية لو قال المشترى علمت قبل ذلك ولم تطلب فالقول قول الشفيع وفى نوادر أبى يوسف رحمه الله اذا قال الشفيع طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله ولو قال علمت أمس وطلبت أو كان البيع أمس وطلبتها فى ذلك الوقت لم يصدق الا ببينة وهكذا ذكر الخصاف فى أدب القاضى حكى عن الشيخ عبد الواحد الشيبانى رضى الله تعالى عنه انه قال اذا قال الشفيع علمت بالشراء وطلبت طلب المواثبة لا يقبل بلا بينة منه لكن اذا قال

بعد ذلك علمت منذ كذا وطلبت لا يصدق على الطلب ولو قال ما علمت الا الساعة يكون كاذبا فالحيلة فى ذلك أن يقول لانسان أخبرنى بالشراء ثم يقول الآن أخبرت فيكون صادقا وان كان أخبر قبل ذلك كما فى الصغيرة اذا بلغت فى نصف الليل واختارت نفسها وأرادت أن تشهد على ذلك تقول حضت الآن ولا تقول حضت نصف الليل واخترت نفسى فانها لا تصدق فى اختيارها نفسها ولكن تقول على نحو ما سبق وتكون صادقة فى قولها الآن حضت وذكر محمد بن مقاتل فى نوادره ان كان الشفيع قد طلب الشفعة من المشترى فى الوقت المتقدم ويخشى انه اذا أقر بذلك يحتاج الى البينة فقال أخبرت وأنا أطلب الشفعة يسعه أن يقول ذلك ويحلف على ذلك ويستثنى فى يمينه وان قال الشفيع كنت طلبت الشفعة حين علمت بالبيع وأنكر المشترى ذلك وطلب الشفيع يمين المشترى ذكر فى الهارونى وأدب القاضى للخصاف انه يحلف المشترى على نفى العلم انه ما طلب شفعته وانه ما طلب ولم يذكر فيه خلافا وذكر الفقيه انه قول أبى يوسف وقال محمد رحمه الله تعالى أحلفه على البت بالله تعالى ما طلبت شفعته حين بلغك الشراء فان قال المشترى للقاضى حلفه بالله لقد طلب هذه الشفعة طلبا صحيحا ساعة علم بالشراء من غير تأخير حلفه القاضى على ذلك وان أقام المشترى بينة ان الشفيع علم بالبيع منذ زمان ولم يطلب الشفعة وأقام الشفيع بينة انه طلب الشفعة حين علم بالبيع فالبينة بينة الشفيع فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف البينة بينة المشترى وفى فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى المشترى اذا أنكر طلب الشفعة فالقول قوله مع يمينه فبعد ذلك ينظر عند سماع البيع يحلف على العلم بالله ما تعلم ان الشفيع حين سمع البيع طلب الشفعة وان أنكر طلبه عند اللقاء يحلف على البتات فى سماعه قال رحمه الله ﴿ثم لا تسقط بالتأخير﴾ يعنى لا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب الاخذ بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد وهذا قول الامام وأبى يوسف فى ظاهر الرواية وفى العينى الفتوى على قول الامام وعن الثانى اذا ترك المخاصمة فى مجلس من مجالس القاضى من غير عذر بطلت شفعته وقال محمد ان أخر الى شهر من غير عذر بطلت شفعته لتغير أحوال الناس فى قصد الاضرار بالغير ومحل الخلاف اذا أخر بغير عذر ولو كان بعذر من مرض أو حبس ولم يمكنه التوكيل أو قاض لا يرى الشفعة بالجوار فى بلدته لا تسقط بالاجماع وان طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة فى مصره وجه قول الامام ان حقه قد تقرر فلا يسقط بالتأخير بعد ذلك وما ذكره من الضرر يمكن دفعه بان يرفع المشترى الامر الى الحاكم فيؤمر الشفيع بالاخذ أو الترك على انه مشكل فيما اذا كان الشفيع غائبا حيث لا يسقط بالتاخير ولو كان ضرورة تراعى لسقطت اذ لا فرق فى الضرر بين أن يكون حاضرا أو غائبا وفى الكافى لو لم يكن فى البلدة قاض لا تبطل بالتأخير بالاجماع قال رحمه الله ﴿فان طلب عند القاضى سأل المدعى عليه فان أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فان أقر أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها﴾ يعنى اذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضى سأل القاضى المشترى عن الدار التى يشفع بها الشفيع هل هى ملك الشفيع أم لا وان أقر بانها ملكه أو أنكر أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة انها ملكه سأل القاضى المدعى عن الشراء فيقول له هل اشتريت أو لا فان أقر بانه اشترى أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة فقضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الاخذ الموعود به فذكر هنا سؤال القاضى المدعى عليه عن ملك الشفيع أولا عقيب طلب الشفعة وليس كذلك بل القاضى يسأل أولا المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصر ومحلتها وحدودها لانه ادعى فيها حقا فلا بد أن يكون معلوما لان دعوى المجهول لا تصح فان بين ذلك ساله هل قبض المشترى الدار أو لا لانه اذا لم يقبضها لم تصح دعواه على المشترى حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك ساله عن سبب شفعته وعن حدود ما يشفع به لان الناس يختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صحيح أو يكون محجوبا بغيره فان بين سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره سأله أنه متى علم وكيف صنع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك وساله عن طلب التقرير كيف كان وعمن أشهد وهل كان الذى استشهد عنده أقرب من غيره أو لا فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشئ من شروطه تمت دعواه وأقبل على المدعى عليه وسأل كما ذكر المؤلف فاذا عجز الشفيع عن البينة وطلب يمين المشترى استحلفه القاضى بالله ما تعلم انه مالك للذى ذكره مما يشفع به وهذا قول أبى يوسف لان الدار فى يد غيره وعند محمد يحلف على البتات لانه يدعى عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وبعد ذلك سأل القاضى المدعى عليه فيقول هل اشتريت أم لا فان أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة انه اشتراه لان الشفعة لا تجب الا بالشراء فلا بد من اثباته بالحجة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين

المشترى

المشترى استحلفه بالله مااشترى أو بالله مايستحق فى هذه الدار شفعة من الوجه الذى ذكره فهذا تحليف على الحاصل وهو قول الامام ومحمد والاول على السبب وهو قول أبى يوسف وانما يحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه فان نكل أو أقر أو أقام الشفيع بينة قضى به لظهور الحق بالحجة وفى الجوهرة قال المدعى عليه هذه الدار فى يده ولكنها ليست ملكه قال الاول والثالث لا يقضى لهم حتى يقيم البينة انها ملكه وعن الثانى اذا أقر باليد كان القول قول الشفيع انها ملكه قال رحمه الله ﴿ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى﴾ بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضى فان قضى له بالشفعة يأمره باحضار الثمن وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه لا يقضى له بالشفعة حتى يحضر الثمن احترازا الطلب الشفيع الشفعة ورفعه الى القاضى والقاضى يؤجله ثلاثة أيام لنقد الثمن فان جاء به الى هذه المدة والا أبطل شفعته وفى فتاوى أبى الليث الشفيع اذا طلب الشفعة فقال المشترى هات الدراهم وخذ شفعتك فان أمكنه احضار الدراهم فى ثلاثة أيام والا بطلت شفعته قال الصدر الشهيد والمختار انها لا تبطل وفى الحاوى انها تبطل وفى جامع الفتاوى الفتوى اليوم على قول الحاوى اهـ ثم اذا قضى القاضى له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشترى ان يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه وينفذ القضاء عند القاضى محمد ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال له ادفع لا تبطل بالاجماع لتأكده بالقضاء بخلاف ما اذا أخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد حيث يبطل لعدم تأكده وفى الجوهرة فان طلب تأجيلا فى الثمن يؤجله يوما أو يومين أو ثلاثا فان سلم والا حبسه القاضى حتى يدفع الثمن ولا ينقض القضاء بالشفعة وفى شرح الطحاوى اختصما الى القاضى يؤجل الشفيع قدر مايرى لاحضار الثمن فان أحضر فى المدة قضى له والا بطلت شفعته كذا فى الخلاصة وفى ابن فرشته باع المشترى الدار أو وهبها من غيره ثم غاب الاول فادعى الشفيع على الحاضر الذى هو المشترى الثانى أو الموهوب له فأنكر الحاضر فأراد الشفيع اقامة البينة قال أبو يوسف هو خصمه فتقام البينة عليه وقالا لا يكون خصما ولا تقام البينة عليه لهما ان القضاء على الغائب قصدا لا يجوز وفى جعله خصما ابطال حق الغائب قصدا فلا يجوز بخلاف ما اذا صدقه لان الاقرار حجة قاصرة فلا تعدو عن نفسه قال رحمه الله ﴿وخاصم البائع لو فى يده﴾ يعنى للشفيع ان يخاصم البائع اذا كان المبيع فى يده لان له يدا محققة اصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لان يدهم ليست اصالة فلا يكون خصما قال رحمه الله ﴿ولا تسمع البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البائع﴾ لان الشفيع مقصوده ان يستحق الملك واليد فيقضى القاضى بهما له فيشترط حضور البائع والمشترى للقضاء عليهما بهما لان لاحدهما يدا وللآخر ملكا فلا بد من اجتماعهما لان القضاء على الغائب لا يجوز ولان أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبل القبض يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض ولا يجوز الفسخ عليهما الا بحضرتهما بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لان العقد قد انتهى بالتسليم وصار البائع أجنبيا عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا ان يجعل فسخا فى حق الاضافة الى المشترى لان البيع قد فات بالأخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بأنه انفسخ بالاضافة الى المشترى وبقى أصل العقد مضافا الى الشفيع قائما مقام المشترى كأن البائع باعه له وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولا الى الشفيع فلم ينفسخ أصله وانما انفسخ اضافته الى المشترى ونظيره فى المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرمى بنفسه لم ينقض وانما انتقض التوجه الى الاول بتخلل الثانى وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعض المشايخ تنتقل الدار من المشترى الى الشفيع بعقد جديد ولو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشترى رآها ولما كان له الرد بالعيب اذا كان المشترى أبرأ البائع من ذلك العيب والجواب ان العقد يقتضى سلامة المعقود عليه للشفيع ولم يوجد من الشفيع ما يبطل خيار الرؤية والعيب فله ذلك والمراد بالعهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق وفى التتارخانية عن الثانى اذا كان المشترى نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى القاضى للشفيع بالشفعة فينقد الشفيع الثمن للمشترى فالعهدة على المشترى وان كان لم ينقد الثمن ودفع الشفيع الثمن الى البائع فالعهدة على البائع واذا رد الشفيع الدار فى هذه الصورة بعيب فرده على البائع أو على المشترى بقضاء فأراد المشترى ان يأخذ بشرائه صح له واذا أراد البائع أن يردها على المشترى بحكم ذلك الشراء فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها وان شاء تركها وحكى فى كتاب الشفيع شراء المشترى أولا ثم رتب عليه الاخذ بالشفعة قال رحمه الله ﴿والوكيل بالشراء خصم ما لم يسلم الى الموكل﴾ لان الخصومة فيه من حقوق العقد وهى الى العاقد أصيلا كان أو وكيلا ولهذا لو كان البائع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه ويأخذها منه بحضور المشترى كما اذا كان البائع هو المالك الا انه اذا اسلمها

الى المو كل لا يدللوكيل ولاملك له ولا يكون خصما بعده فصار كالبائع فانه يكون خصما مالم يسلمه الى المشترى فاذا سلمها اليه لم يبق له يدولاملك فيخرج من أن يكون خصما غيرانه لايشترط للقضاء حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه والاب والوصى كالوكيل وظاهر العبارة انه خصم مالم يسلم أقام البينة على الوكالة أولا أشهدانه اشتراها لفلان أولا وفى جامع الفتاوى عن الثانى فيمن اشترى دارا فقال عند عقد البيع اشتريتها لفلان وأشهد على ذلك ثم جاء الشفيع يطلبها فهو خصم الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله فحينئذ لا يكون خصما وفى الاصل اذا قال المشترى قبل ان يخاصم فى الشفعة اشتريت هذه لفلان وسلمها اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينهما ولو أقر بذلك بعد ماخاصمه لم يقبل منه ولو أقام البينة لم تقبل وفى المنتقى مثل مافى جامع الفتاوى وفى السراجية وكيل باع دارا وقبضها المشترى فوكل الشفيع البائع فى أخذها فى الشفعة لم يصح وفى الكافى اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أخذها منه اذا كانت فى يده ولو سلمها الى الموكل لا يطلب ولا يأخذها منه وفى فتاوى سمرقند اذا وكل رجلا يبيع داره فباعها بالف درهم ثم حط المشترى مائة درهم وضمن ذلك الآمر فليس للشفيع ان يأخذها بالشفعة الا بألف اه وفى التتارخانية لو اشترى لغيره بغير أمره فهو خصم مالم يسلم العين لمن اشتراها له فلو قال المؤلف والمشترى لغيره خصم مالم يسلم لكان أولى لانه يشمل الفضولى والاب والوصى ويفيد أن الوكالة ليست بقيد قال رحمه الله ﴿وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشترى البراءة منه﴾ لان الاخذ بالشفعة شراء من المشترى ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فهو من البائع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران كما اذا اشترى منهما ولا يسقط خياره برؤية المشترى ولا بشرط البراءة منه لان المشترى ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته فى حقه اه قال رحمه الله ﴿وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى﴾ لان الشفيع يدعى عليه استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لا يدعى على الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون فى معنى ماورد به النص فامتنع القياس اه وفيه نظر من وجوه الاول قوله لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار فيه ولا دعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض كما صرحوا به فى كتاب الدعوى الثانى قوله فامتنع القياس لا يخفى ان امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة ان يقول فلا يلحق به ليعم القياس والدلالة وأطلق المؤلف رحمه الله فشمل ما اذا وقع الاختلاف قبل قبض الدراهم ونقد الثمن أو بعدهما قبل التسليم الى الشفيع أو بعده لكن فى التتارخانية اشترى دارا وقبضها ونقد الثمن ثم اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى اه ولو قال فى بدل الدار لكان أولى لانه يشمل الثمن والعروض لانه لا فرق بينهما اذا كان ثمن الدار دراهم أو عروضا كما أشار الى ذلك فى شرح الطحاوى حيث قال اختلف الشفيع والمشترى فى قيمة العروض الذى هو بدل الدار فالقول قول المشترى وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشترى أيضا وفى المنتقى رجل اشترى دارا وقبضها فجاء الشفيع يطالب الشفعة فقال المشترى اشتريت بالفين وقال الشفيع بالف ولا بينة فحلف المشترى وأخذها الشفيع بالفين ثم قدم شفيع آخر وأقام البينة على انه اشتراها بالف فيأخذ نصف الدار بخمسمائة و يرجع الشفيع الاول على المشترى بخمسمائة نصيب حصة النصف الذى أخذه الثانى ويقال للشفيع الاول ان شئت فاعد البينة على المشترى من قبل النصف الذى فى يدك والا فلا شئ لك ولو كان لها شفيعان فقال المشترى اشتريتها بالف وصدقه الشفيع فى ذلك بالف ثم جاء الشفيع الثانى وأقام البينة انه اشتراها بخمسمائة فالشفيع الثانى يأخذ من الشفيع الاول نصفها بمائتين وخمسين ويرجع الشفيع الاول على المشترى بخمسمائة وفى العتابية اشترى دارا فجاء الشفيع وأخذها من المشترى بقوله انها بالف درهم ثم وجد بينة انه اشتراها بخمسمائة قبلت بينته ولو صدق المشترى أولا فبينته على خلاف ذلك لا تقبل اذا وقع بعد تسليم المبيع الى الشفيع قال فى الحاوى سئل على بن أحمد تنازع فى الثمن المشترى والشفيع بعدما سلم المشترى الى الشفيع قال لا يأخذها الا برضا المشترى وان يثبت ماقاله الشفيع ثم يأخذ بذلك وفى قاضيخان اشترى دارا بالكوفة بكر حنطة بغير عينه فخاصم الشفيع الى القاضى بمرو فقضى له بالشفعة ذكر فى النوادر انه ان كان قيمة الكر فى الموضعين سواء أعطاه الشفيع الكر حيث قضى له القاضى وان كانت القيمة متفاضلة فان كان الكر فى الموضع الذى يريد الشفيع ان يعطيه أعلى القيمة فذلك الى الشفيع يعطيه حيث شاء وان كان أرخص ورضى المشترى بذلك أعطاه الشفيع فى الموضع الذى يكون قيمته مثل قيمته فى موضع الشراء اه قال رحمه الله تعالى ﴿وان برهنا فالشفيع﴾ يعنى ولو قاما فالبينة بينة الشفيع وهذا قول الامام ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى

البينة

البينة بينة المشترى لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة أولى كما اذا اختلف المشترى والبائع والوكيل بالشراء مع الموكل فى مقدار الثمن أو المشترى من العدو من المالك القديم فى ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فالبينة بينة مثبت الزيادة فان قلت البينة انما تسمع من المدعى والمشترى لا يدعى على الشفيع شيأ وهذا لا يختلفان بالاتفاق فلزم ان لا تصح بينته فضلا عن ان ترجح على بينة الشفيع كما قال أبو يوسف قلت الجواب أن المشترى وان كان مدعى عليه فى الحقيقة الا انه مدع صورة حيث يدعى زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا أقامها كما فى المودع اذا ادعى رد الوديعة وأقام عليه بينة على ما عرف فى محله وأما الحلف فلا يجب الا على مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا ترى المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع لكونه منكرا للضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه فى صورة المدعى عليه برد الوديعة ولهما ان بينة الشفيع أكثر اثباتا لانها ملزمة للمشترى وبينة المشترى ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الاخذ والترك ولانه لا تنافى بين البينتين فى حق الشفيع لانه أمكن ان يعمل بهما بان تثبت العقدان فيأخذ المشترى بايهما شاء فلا يصار الى الترجيح الا عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى والعبد فقال المولى قلت لك اذا أديت الى ألفين فانت حر وقال العبد قلت لى اذا أديت ألفا فانت حر فاقاما البينة فالبينة بينة العبد اما لانها تلزمه أو لانه لا تنافى و يثبت التعليقان و يعتق العبد باعطاء أى المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها فان كل واحد من البينة تلزمه حتى يخير كل منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ بايهما شاء لان العقد الثانى يكون فسخا للاول فى حقهما فلما تعذر الجمع صرنا الى الترجيح بالزيادة وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثانى فى حق الشفيع فيأخذ باى العقدين شاء وهذا لو باعه المشترى من غيره كان له ان يأخذه بالبيع الثانى وان شاء بالاول وأما الوكيل مع الموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق على الظاهر ان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى وهذا يجرى التحالف بينهما وأما المالك القديم مع المشترى فقد ذكر فى السير أن البينة بينة المالك القديم ولا يرد ولئن سلمنا ففيها العمل بالبينتين غير ممكن لان البيع الاول ينفسخ بالثانى فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة فان قلت ما وجه ظهور الفسخ فى الملك القديم وعدم ظهوره فى حق الفسخ وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثانى فافترقا وهذا يجب حفظه هنا ولم يذكر المؤلف والشارح الاختلاف بينهما فى نفس المبيع أو البيع ففى المحيط قال المشترى اشتريت البناء ثم العرصة فلا شفعة لك فى البناء وقال الشفيع اشتريتهما جميعا فالقول للشفيع مع يمينه على العلم لان المشترى يدعى عليه سقوط الشفعة بعدما أقر بثبوت حقه بالشراء وان أقاما البينة فالبينة بينة المشترى عند الثانى وعند الثالث البينة بينة الشفيع كما مر ولو قال المشترى باع لى الارض ثم وهب لى البناء وقال الشفيع بل اشتريتهما جميعا فالقول للمشترى و يأخذ المبيع بلا بناء ان بناه لانه لم يقر بشراء البناء أصلا ولو قال وهب هذا البيت بطريقه ثم باع منى بقية الدار وصدقه البائع وقال الشفيع بل اشتريت الدار كلها فالبيت بطريقه للمشترى و يأخذ الشفيع بقية الدار لانه لم يقر بالشراء فى ذلك البيت أصلا اشترى دارا وقبضها فقال المشترى أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول للمشترى لان المشترى لم يعترف بشراء البناء والبقعة للشفيع وكذا الحرث والزرع فان قال المشترى أحدثت فيها النخل أمس لم يصدق وكذا فيما لا يحدث مثله من البناء لانه ظهر كذبه بيقين ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملازق فقال المشترى اشتريت دارا بعد دار فانا شريك فى الثانية وقال الشفيع بل اشتريتهما دفعة واحدة فلى فيهما الشفعة فالقول قول الشفيع لان المشترى أقر بالشراء ثم ادعى ما يسقط الشفعة فلا يقبل قوله ولو قال المشترى اشتريت الجميع وقال الشفيع بل اشتريت نصفا فنصفا فالقول للمشترى و يأخذ الشفيع الكل أو يدع وفى النوادر عن أبى يوسف تصادق البائع والمشترى ان البيع كان فاسدا وقال الشفيع كان جائزا فالقول للشفيع كما لو اختلف المتعاقدان فى الصحة والفساد القول قول مدعى الصحة وهذا اذا ادعيا الفساد باجل مجهول أو شرط فاسد أما ان ادعيا الفساد بان الثمن خمر أو خنزير فالقول قول مدعى الفساد وعلى قول الامام ومحمد لا تجب الشفعة اه وفى المنتقى لو اشتراها بالف درهم ورطل من الخمر فهو على هذا الاختلاف وفى فتاوى الفضلى رجلان تبايعا دارا فطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما فقال البائع كان البيع بيننا مواضعة وصدقه المشترى على ذلك لا يصدقان على الشفيع الا اذا كان الحال يدل عليه بان كان المنزل كبيرا و بيع بثمن لا يباع به مثله فحينئذ يكون القول قولهما ولا شفعة للشفيع اه قال رحمه

الله ﴿ولو ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع﴾ لان الامر ان كان كما قال البائع فالشفيع يأخذها به وان كان كما قال المشترى يكون حطا عن المشترى بدعواه الاقل وحط البعض يظهر فى حق الشفيع كما بينا ولان تملك المشترى بايجاب البائع فكان القول قوله فى مقدار الثمن مادامت مطالبته باقية فيأخذها الشفيع ولو كان ما ادعاه البائع أكثر مما ادعاه المشترى تحالفا وأيهما نكل ظهر ان الثمن مايقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان فسخ القاضى العقد بينهما يأخذ الشفيع بما يقوله البائع لان الفسخ لايوجب بطلان حق الشفيع ألا ترى ان الدار اذا ردت على البائع بعيب لايبطل حقه وان كان الرد بقضاء قال رحمه الله ﴿وان كان قبض الثمن أخذها بما قال المشترى﴾ يعنى لو كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشترى اذا ثبت ذلك بالبينة أو بيمينه على ما بينا لان البائع بالاستيفاء خرج من البين والتحق بالاجانب لانتهاء حكم العقد به فبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى والقول فيه للمشترى ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لانه اقرار بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لايصح والثمن غير مقبوض ظاهرا لان الاصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد ابطال حق الشفيع لانه اذا قبض الثمن يخرج من البين فيكون أجنبيا فلا يقبل اقراره بمقدار الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله قبضت فى حق الشفيع لانه يريد بذلك ان يجعل نفسه أجنبيا حتى لايقبل قوله بمقداره فيرد عليه فيأخذها الشفيع بالف ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بان قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت الى قوله فى مقدار الثمن لانه لما بدأ بقبضه أولا خرج من البين فصار أجنبيا قال فى النهاية نظيره ما اذا قال الوصى اشتريت مال الميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان على ألفا درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصى يضمن الالف ولا شئ له على الغريم ولو قال استوفيت منه ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال الميت بل كان على ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصى ان يرجع عليه بالف درهم أخرى لانه لما بين قوله فى قبض الجميع صار أجنبيا فلا يقبل قوله بين قبض القدر بعد ذلك وما لم يبين انه قبض الجميع لايكون أجنبيا فيقبل قوله فى بيان القدر وفى المحيط ولو هدم رجل بناء الدار فاختلفا الشفيع والمشترى فى قيمة البناء فالقول للمشترى مع يمينه ولو أقاما بينة فالبينة للمشترى على قياس قوله وعلى قول محمد بينة الشفيع أولى ولو استحق بعض الدار أو عرف فقال المشترى بنى نصفها وقال الشفيع ثلثها فالقول للمشترى قال رحمه الله ﴿وحط البعض يظهر فى حق الشفيع لا حط الكل والزيادة﴾ حتى يأخذه بما بقى فلا يظهر حط الكل فى حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لاتلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شئ من الثمن فيأخذه بجميع المسمى عند العقد لان الحط لما التحق باصل العقد صار الباقى هو الثمن ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق فى الصورتين فيرجع الشفيع على المشترى بالزيادة ان كان أوفاه الثمن ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة كان له ان يأخذها بالباقى لانه تبين ان الثمن أقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لايلتحق باصل العقد لانه لو التحق به كان هبة أو بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما وكذلك الزيادة تلتحق باصل العقد وانما لاتظهر فى حق الشفيع لانه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك ابطاله بالزيادة فلا يتغير العقد كما لايتغير بتجديد العقد لما يلحقه بذلك من الضرر قال فى العناية حط بعض الثمن والزيادة يستوفيان فى باب المرابحة دون الشفعة لان المرابحة ليس فى التزام الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان فى الزيادة ابطال حق ثبت للشفيع باقلهما فظاهر عبارة المؤلف ان الحط يصح لمن باشر العقد ولو وكيلا فى حالة الصحة أو المرض كان الشفيع وارثا أولا وفى المحيط خلافه قال ولو وكل رجلا يبيع داره فباعها بالف ثم حط عن المشترى مائة درهم وضمن ذلك للآمر ليس للشفيع أن يأخذها الا بالالف لان حط الوكيل لايلتحق باصل العقد وفيه أيضا ولو طلب الشفيع الشفعة فسلمها المشترى اليه ثم نقد المشترى للبائع الثمن فوهب له البائع خمسة دراهم من الثمن وقد قبض المشترى من الشفيع جميع الثمن فعلم الشفيع بالهبة فليس له ان يسترد شيأ لان الهبة ليست بحط لان الثمن صار عينا بالتسليم ولو وهب البائع خمس دراهم قبل قبض الثمن كان للشفيع ان يستردها منه لانها هبة الدين والثمن دين فى ذمته ولو باع دارا بثلاثة آلاف وتقابضا فاخذها ورثة البائع بالشفعة لحط البائع عن المشترى فى مرضه ألفا فالحط باطل لان المشترى نزل منزل الشفيع لان الحط يظهر فى حقه فكانه وارثه ولو حط قبل الاخذ توقف على أخذ المشترى فان أخذ بطل وان ترك صح ولو لم يكن الوارث شفيعا ولكن أخذها من المشترى تولية

أو مرابحة ثم حط عن المشتري في مرض موته صح الحط ويحط المشتري عن الوارث ما حط عنه وحصته من الربح في المرابحة لان الحط وقع في بيع الاجنبي لا حق للوارث فيه باع دارا بمائة درهم وكر حنطة فاخذها الشفيع بهما ثم حط البائع النقد فوجد البائع بالكر عيبا فرده وأخذ مثله وللمشتري ان يعطيه الكر الذي قبضه الشفيع وان كان المشتري ولاها رجلا بمائة درهم وبمثل ذلك الكر فحط البائع وحط هو عن الثاني ثم وجد البائع الاول بالكر عيبا فرده رجع بقيمة الدار على المشتري الاول والفرق ان البيع وان انفسخ برد الكر في الموضعين الا انه تعذر في الاول ايجاب قيمة الدار باخذ الشفيع فاوجبنا الكر وفي التولية لم يتعذر فاوجبنا قيمة الدار قال رحمه الله ﴿وان اشترى دارا بعرض أو عقارا أخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليا﴾ لان الشفعة يملكها بمثل ما يملكها المشتري به ثم المثل لا يخلو اما أن يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب أو معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فيأخذ به لانه بدل لها ولهذا لو اشترى عقارا بعقار يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر وقدمنا لو اختلفا في قيمة العروض قال رحمه الله ﴿وبحال لو مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الاجل فيأخذها﴾ يعني يأخذها الشفيع من المشتري بثمن حال اذا كان الثمن مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها عند ذلك وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر والشافعي ومالك له ذلك لانه يأخذ بمثل ما أخذ المشتري بصفته والاجل صفة الدين ولنا ان الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه ولان الاجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم ان أخذها من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع على ما بينا ورجع البائع على الشفيع وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل وان اختار الانتظار كان له ذلك وقوله أو يصبر عن الاخذ أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتأخير الى حلول الاجل قال رحمه الله ﴿وبمثل الخمر وقيمة الخنزير ان كان الشفيع ذميا وبقيمتها لو مسلما﴾ يعني اذا اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر أو خنزير فان كان شفيعها ذميا أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع بهذا الثمن صحيح فيما بينهم فاذا صح رتب عليه أحكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة فيستحقه ذميا كان أو مسلما غير ان الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذها به لانه من ذوات الامثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تمليكه وتملكه فيجب عليه قيمته كما ذكرنا في ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام عينه لانه قيمي فوجب ان يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه لانا نقول انما يحرم عليه اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وههنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير مقدر بقيمة بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها فان أسلم المشتري قبل الاخذ بالشفعة فان الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخنزير اعتبارا للبعض بالكل ولو أسلم الذمي صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بقيمة الخنزير والخنزير كما اذا كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه يأخذها بقيمته للتعذر كذا هذا والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه أحكامنا مدة مقامه في دارنا ولا فرق بين ان يكون المشتري دارا أو بيعة أو كنيسة فان الشفيع يأخذها بالشفعة لان ملك الذمي فيها ثابت اذا كان يعتقد ان ملكه لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة وان كان يعتقد انه يزول فكذلك أيضا لانه بالاقدام على البيع صار معتقدا الجواز والذمي اذا دان بديننا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا وان كان في دينهم لا يجوز ولهذا لو ترافعا الينا نحكم بديننا والمرتد لا شفعة له وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير تقدم مرارا ولو أسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوض انتقض البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه كما اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فان البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمة العبد قيد بكون الثمن خمرا أو خنزيرا لانه لو كان ميتة أو دما فلا شفعة له لما في الاصل اشترى نصراني من نصراني دارا بميتة أو دم فلا شفعة للشفيع اهـ ولم يتعرض المؤلف لما اذا صار خلا ثم أسلم البائع أو المشتري ثم استحق نصف الدار وحضر الشفيع فيأخذ النصف بنصف الخمر ولا يأخذ بنصف الخل ثم يرجع المشتري على البائع بنصف الخل ان كان قائما وان كان هالكا رجع عليه

بنصف قيمة النخل وفى المبسوط باع المرتد دارا فمات أوقتل على الردة أولحق بدار الحرب بطل البيع ولا شفعة للشفيع وفى السغناقى ولو أسلم البائع قبل اللحوق بدار الحرب جاز البيع وللشفيع الشفعة ولو كان الشفيع مرتدا فمات أوقتل على الردة أولحق بدار الحرب فلا شفعة لوارثه ولو كان المرتد لم يلحق بدار الحرب ثم بيعت الدار كان لوارثه الشفعة وان اشترى المستأمن دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته حتى يلقاه وان كان الشفيع هو الحربى ودخل دار الحرب بطلت شفعته وان كان الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب ان لم يعلم بالبيع فهو على شفعته وان علم ودخل ولم يطلب بطلت شفعته وان اشترى المسلم دارا فى دار الحرب وشفيعها مسلم ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع وههنا أصل تنبنى عليه هذه المسائل يجب العلم به وهو ان كل حكم لا يفتقر الى قضاء القاضى فدار الاسلام ودار الحرب فى ذلك الحكم على حد سواء وكل حكم مفتقر الى قضاء القاضى لا يثبت ذلك فى حق من كان من المسلمين فى دار الحرب بمباشرة ذلك الحكم فى دار الحرب نظير الاول البيع والشراء وصحة الاستيلاد ونفوذ العتق ووجوب الصوم والصلاة فان هذه الاحكام كلها من أحكام المسلمين وتجرى على من كان فى دار الحرب من المسلمين ونظير الثانى الزنا فان المسلم اذا زنى فى دار الحرب ثم دخل دار الاسلام لا يقام عليه الحد قال رحمه الله ﴿وقيمة البناء والغرس لو بنى المشترى أوغرس أوكلف قلعهما﴾ يعنى اذا بنى المشترى أوغرس فى الارض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا وان شاء كلف المشترى قلعه فيأخذ الارض فارغة وعن أبى يوسف انه لا يكلف بالقلع ولكنه بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا وان شاء ترك وبه قال الامام الشافعى ومالك لانه ليس متعديا فى البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا عند الامام وكما اذا زرعها المشترى فان كل واحد منهم لا يكلف بالقلع لتصرفه فى ملكه وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشترى بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة الثمن عوض وهو البناء والغرس فلا يعد ضررا ولم يحصل للمشترى بمقابلة القلع شئ فكان الاول أهون فكان أولى بالتحمل ووجه ظاهر الرواية انه بنى فى محل تعلق به حق متأكد لغيره من غير تسليط منه فينتقض كالراهن اذا بنى فى المرهون ولهذا تنتقض جميع تصرفات المشترى حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف الموهوب على قول أبى حنيفة والمشترى شراء فاسدا لانه فعل بتسليط من المالك ولهذا لا ينتقض تصرفهما وفى الزرع القياس ان يقلع الا اننا استحسنا وقلنا لا يقلع لان له نهاية وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لانه يترك باجرته فان قلت الاسترداد عندهما بعد البناء فان جواز الاسترداد ينافى انه لا يكلف القلع بل يقتضى القلع كما فى الشفيع قلت يجوز ان يكون مراده بقوله والمشترى شراء فاسدا احتجاج من أبى يوسف عن أبى حنيفة بمذهب أبى حنيفة كما أفصح به صاحب غاية البيان وهذا بعيد والاوجه ان يقال ان لابى يوسف فى البناء بعد الشراء الفاسد القول المذكور والثانى كما قال الامام ذكره فى الايضاح قيد بما ذكر احترازا عن الزخرفة وفى قاضيخان ولو اشترى الرجل دارا وزخرفها بالنقوش بشئ كثير كان للشفيع الخيار ان شاء أخذها واعطاه مازاد فيها وان شاء ترك اهـ قال فى المحيط لان نقص صفته لا يمكن وفيه نظر لان المشترى اذا بنى على الدار المشفوعة كان للشفيع ان ينقض البناء ويأخذ الدار ويعطيه مازاد فيها وأجيب بأن البناء اذا قلع له قيمة فى الجملة بخلاف الزخرفة قوله أو بنى أوغرس مثال وليس بقيد لما فى المحيط ولو ان المشترى زرع هارطبة أوكرما يؤمر بقلعه كالبناء قال رحمه الله ﴿وان فعلهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط﴾ يعنى ان الشفيع اذا أخذ الارض بالشفعة فبنى أوغرس ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشترى ان أخذها منه أو على البائع ان أخذها منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس وعن أبى يوسف انه يرجع بذلك كالمشترى والفرق بينه وبين المشترى ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشترى ولا البائع لان الشفيع أخذها منه جبرا ونظيره الجارية المأسورة اذا استردها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها أو بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع له من القيمة أو الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف مالو كان مشتريا حيث يرجع بهما على البائع لانه مغرور من جهته قال رحمه الله ﴿وبكل الثمن ان خربت الدار وجف الشجر﴾ يعنى لو اشترى أرضا فيها بناء أوغرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شئ لانهما تابعان للارض يدخلان فى بيعها من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن ولهذا يبيعها فى هذه الحالة مرابحة من غير بيان بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الغالب

بعض

بعض الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شئ من حطب أو خشب وأما اذا بقي شئ من ذلك وأخذه المشترى فلابد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقى يحبس عند المشترى فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ قيد بقوله جف الشجر ليخرج الثمر اذا هلك من غير صنع قال فى التاتارخانية ولو هلك الثمر من غير صنع أحد ولم يبق منه شئ سقط حصته من الثمن بخلاف البناء وسيأتى ما يخالفه قال رحمه الله ﴿وبحصة العرصة ان نقض المشترى البناء﴾ يعنى يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن ان نقض المشترى البناء لانه صار مقصودا بالاتلاف ويقابله شئ من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد ونقض الاجنبى البناء كنقض المشترى وفى التتارخانية لو لم يهدم المشترى البناء ولكن باعه من غيره من غير ارضاء ثم حضر الشفيع فله ان ينقض البيع و يأخذ الكل وكذا النبات والنخل قال رحمه الله ﴿والنقض له﴾ يعنى النقض للمشترى لان الشفيع انما كان يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال قال رحمه الله ﴿وبثمرها ان ابتاع أرضا ونخلا وثمرا أو اثمر فى يده﴾ يعنى يأخذها الشفيع مع ثمرها ان كان المشترى اشترى الارض مع الثمر بأن شرطه فى البيع أو أثمر عند المشترى بعد الشراء لان الثمر لا يدخل فى البيع الا بالشرط بخلاف النخل والقياس ان لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها وجه الاستحسان أن الاتصال خلقة صار تبعا من وجه ولا يتولد من المبيع فيسرى اليه الحق الثابت فى الاصل كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشترى يملك الولد تبعا للام كذا هنا وفى الخانية لو اشترى قرية فيها أشجار ونخل فقطع المشترى بعض الاشجار وهدم بعض البناء فحضر الشفيع يأخذ الارض ومالم يقطع من الاشجار ومالم يهدم من البناء وليس له أن يأخذها بالشفعة و يقسم الثمن على قيمة البناء والارض فما أصاب البناء سقط وما أصاب العرصة يأخذها به و ينقض بناء المشترى الذى أحدثه وهذا القول ظاهر الرواية قال رحمه الله ﴿وان جذه المشترى سقط حصته من الثمن﴾ يعنى فى الفصل الاول وهو ما اشتراها بثمرها بالشرط فكان له فيسقط من الثمن بحصته وان هلك بآفة سماوية فكذلك لانه لما دخل فى البيع صار أصلا فسقط حصته من الثمن لفواته وأما فى الاصل الثانى فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمن لم يكن موجودا عند العقد فلا يقابله شئ من الثمن وكان أبو يوسف يقول أولا انه يحط من الثمن فى الفصل الثانى لان حال المشترى مع الشفيع كحال البائع مع المشترى قبل القبض ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد القبض سقط حصته من الثمن فكذا هنا ثم رجع الى ماذكر فى الكتاب من انه لا يسقط شئ من الثمن لان الشفيع يأخذ بما قام على المشترى وهو قائم عليه المبيع بدون الثمن بجميع الثمن بخلاف ما اذا كانت موجودة عند العقد لانه دخل فى البيع قصدا و بخلاف الحادث عند البائع قبل القبض لانه حدث على ملك المشترى فيكون له حصة من الثمن بالاستهلاك وليس للشفيع ان يأخذ الثمن بعد الجذاذ فى الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ والله تعالى أعلم

﴿باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب﴾

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال أوقع فى النفس كذا فى العناية قال رحمه الله ﴿انما تجب الشفعة فى عقار ملك بعوض هو مال﴾ قوله فى عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم وقال الشافعى لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحا والحمام والنهر والطريق وهذا مبنى على أصل عنده وهو ان الشفعة تجب لدفع ضرر أجرة القسام عنده وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة واحترز بقوله بعوض عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها و بقوله هو مال عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم عمد والعتق فان الشفعة لا تجب فى هذه الاشياء على ما بينه قريبا والعقار لغة الضيعة وقيل ماله أصل من دار وضيعة نقله الامام الطرزى ونقل الشراح هنا العقار كل ماله أصل من دار وضيعة اهـ فهو مطابق للتفسير الثانى ونقل الجوهرى فى فصل العين من باب الراء العقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار والجمع ضياع وفى فصل الضاد من باب العين الضيعة العقار اهـ وفى كلامه اختلال لانه فسر العقار أولا بما يشمل الاقسام الثلاثة الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى وفى المحيط و يدخل فى الحمام ما كان مركبا فى بنيانه دون المنفصل كالقصعة و يدخل فى الرحا الحجر الاسفل دون الاعلى لانه مبنى فى الارض ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يوجد بلا صيد استحق الاجمة والقصب بالشفعة دون السمك لانه منقول والقصب يشعب فى الارض وفى التتارخانية وانما تجب فى الاراضى التى تملك رقابها حتى

لا تجب فى الاراضى التى حازها الامام للمسلمين يدفعها بزراعة وانما تجب لحق الملك فى الاراضى حتى لو بيعت دار بجنبها دار الوقف فلا شفعة للواقف ولا للمتولى لعدم الملك كذا فى المحيط وغيره وفى السراجية رجل له دار فى أرض الوقف فلا شفعة له ولو باع هو عمارته فلا شفعة لجاره وفى التجريد ولو جعل داره مسجدا أو أفرزه وجعل بابه الى الطريق فبيعت دار الى جنب المسجد لم يكن للواقف ولا للمتولى شفعة لعدم الملك وفى المحيط وغيره ما لا يجوز بيعه فى العقارات كالاوقاف والحانوت المسبل فلا شفعة فى ذلك عند من يرى جواز الوقف وفى المبسوط لو اشترى أرضا فيها شجر صغار فأثمرت أو فيها زرع فأدرك فللشفيع أن يأخذ ذلك بجميع الثمر لاتصاله بالارض اه قال رحمه الله ﴿لا فى عرض وفلك﴾ يعنى لا تجب الشفعة فى عرض وفلك وقال مالك تجب فى السفينة لانها تسكن كالعقار ولنا ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا شفعة الا فى ربع أو حائط ولان الاخذ بالشفعة ثبت على خلاف القياس فلا يجوز الحاق المنقول به لانه ليس فى معنى العقار وهذا الاستدلال فيه شئ فان ظاهره حصر ثبوت الشفعة فى الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة فى غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فيرد عليه أن مقتضى الحصر ان لا تثبت الشفعة فى عقار غير ربع وحائط كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتمسك به قلت يمكن حمل القصر على القصر الاضافى دون الحقيقى فالقصر بالنسبة اليهما الا بالنسبة الى جميع ما عداهما فتأمل قال فى العناية الربع الدار والحائط البستان وأصله ما أحاط به اه قال رحمه الله ﴿و بناء ونخل بيعا بلا عرصة﴾ لانهما منقولان فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا أرض وان بيعا معها تجب فيها الشفعة تبعا لها بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة على انه مجاوره وذلك اذا لم يكن طريقه غير طريق السفل وان كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على انه خليط فى الحقوق قال رحمه الله ﴿ودار جعلت مهرا أو أجرة أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط﴾ لان الشارع لم يشرع التملك بالشفعة الا بما يملك به المشترى صورة ومعنى أو معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك اذا تملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها فلم يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما يملك به المشترى فلم يكن مشروعا وقال الامام الشافعى تجب فيهما الشفعة فيأخذها بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ بلا عوض اذ هو غير مشروع ولنا ما تقدم ولان الشفيع يتملك بما يملك به المشترى من السبب لا بسبب آخر وههنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لم يكن فيها الشفعة لانه تعين بمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر المثل أو بالمسمى عند العقد أو بعده حيث تجب فيه الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما أعطاه من العقار بدل عما فى ذمته من المهر ولو تزوجها على دار على أن يرد عليه ألف درهم فلا شفعة فى جميع الدار عند الامام وقالا تجب الشفعة فى حصة الالف لانه مبادلة مال بمال فى حقه وهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح وهو يقول معنى البيع فيه تابع فلا شفعة فى الاصل فكذا فى البيع ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس ماله ألفا فاتجر وربح ألفا ثم اشترى بالالفين دارا فى جوار رب المال ثم باعها بألفين فان رب المال لا يستحق الشفعة فى حصة المضارب تبعا لرأس المال لان المضارب وكيل فى حقه وليس فى بيع الوكيل شفعة وكذا فى حق المضارب وهو البيع كذا فى العتابية قوله جعلت الدار مهرا مثال قال فى العتابية ولو قال صالحتك على أن تجعل هذه الدار مهرا لك واعطيتك هذه الدار مهرا فلا شفعة للشفيع فيها وقوله جعلت مهرا احترز عن البيع ولو باعها دارا بمهر مثلها أو صالحها على دار أو صالحها من دعوى حق على دار ففيهما الشفعة والقول قول المصالح فى قيمة ذلك أو فى قدره وفى السراجية صالح فى دار ادعاه على مائة درهم وهو جاحد لا شفعة فيها فان أقام الشفيع البينة انها التى ادعاها فله الشفعة وفى شرح الطحاوى رجل تزوج امرأة ولم يسم مهرا ثم دفع لها دارا مهرا فهو على وجهين ان قال الزوج جعلتها مهرك فلا شفعة فيها وان قال جعلتها بمهرك ألفا ففيها الشفعة وفى المحيط لو خلع امرأته على ذلك على أن ترد عليه ألفا فهو كما لو تزوج على دار على أن ترد عليه ألفا كما تقدم وفيه أيضا أسلم دار الرجل فى مائة قفيز حنطة واستلم الدار فللشفيع أخذها بالشفعة ولو افترقا قبل أن يقبض الدار بطل السلم ولا شفعة للشفيع اه وفى العتابية لا شفعة فى دار هى بدل عن سكنى دار وخدمة عبد وقيد بقوله عن دم عمد احترازا عن الخطأ قال فى المبسوط ولو كان عن جناية خطأ تجب الشفعة ولو صالح بها عن جنايتين احداهما عمد والاخرى خطأ فلا شفعة فيها على قول الامام وعندهما تجب فيها الشفعة فيما يخص جناية الخطأ ولو صالح عن كفالة رجل بنفسه على دار فلا شفعة فيها لان هذا صلح باطل اه قيد بقوله بلا عوض مشروط لانه لو شرط فى العقد تجب

الشفعة ففى الخانيـة وهب دارا من انسان بشرط أن يعوضه كذا فلا شفعة للشفيع مالم يتقابضا و بعـد التقابض تجب الشفعة بمثل العوض ان كان مثليا والا فبقيمته ان كان قيميا وفى السغناقى وهب له عقارا من غير عوض مشروط فى العقد ثم عوضه عن الدار دارا فلا شفعة فى الهبة ولا فى العوض وفى الاصل لو وهب شقصا مسمى فى دار غير محجور ولا مقسوم على أن يعوضه كذا فهو باطل ولا شفعة للشفيع والجواب فى الصدقة بالفاظها والعطية نظير الجواب فى الهبة وأما الوصية على هذا الشرط اذا قبل الوصى له ثم مات فانه تجب فيه الشفعة قال فى الـكتاب اذا قال أوصيت بدارى لفلان بالف درهم فقال الموصى له قبلت ثبت للشفيع الشفعة وان قال أوصيت ان يوهب له على عوض ألف درهم فهو مثل الهبة بالشرط وان ادعى حقا على انسان وصالحه المدعى عليه على الدار فللشفيع أن ياخذ الدار بالشفعة كان الصلح عن اقرار أو انـكار وفى الفتاوى العتابية والقول للمدعى فى مقدار الدين فى حق الشفيع وكذا لو صالحه عن عيب على دار بعد القبض فالقول للمصالح فى نقصان العيب ولو ادعى دارا فى يد رجل وصالحه المدعى عليه على أن يعطيه المدعى دراهم وترك الدار ينظر ان كان الصلح عن انـكار فلا شفعة للشفيع اه قال رحمه الله ﴿وان بيعت بخيار البائع﴾ لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملـكه و بقاء ملـكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبها الخروج عن ملـكه فاذا أسـقط الخيار أو سقط الخيار عند ٧ سقوط الخيار ولان البيع انما صار سببا لافادة الحـكم فى ذلك الوقت ووجوب الشفعة تنبنى على انقطاع حق الملك بالبيع وهو ينقطع حينئذ وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة اما عندهما فظاهر لان المشترى تملـكها واما عنده فلخروجه عن ملك البائع ألا ترى أن البائع اذا أقر بالبيع وأنـكر المشترى تجب الشفعة فاذا أخذها الشفيع فى الثالث لزم البيع لعجز المشترى عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط وهو كان للمشترى دون الشفيع واذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخـذ بالشفعة لان البائع لم يخرج المبيع عن ملـكه اذا كان الخيار له و يلزم البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع وكذلك المشترى عندهما ان كان الخيار له لان المبيع دخل فى ملـكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة وتملك به المبيع ولانه صار أحق به من غيره وذلك يكفى لاستحقاق الشفعة كالمأذون له والمـكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وكذا اذا اشـترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها كان له أن يأخذها بالشفعة لان ملـكه فيها ثابت واذا أخـذ المشفوعة لم يسقط خيار لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته أولى فاذا حضر شفيع الاولى وهى التى اشتراها المشترى كان له أن يأخذها بالشفعة لانه أولى بها من المشترى وليس له أن يأخذ الثانية وهى التى أخذها المشترى بالشفعة اذا لم تـكن متصلة بملـكه لانعدام سبب الشفعة فى حقه واتصاله لا يفيد لعدم ملـكه فيها وقت بيع الاخرى وان كانت متصلة بملـكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة فاذا جاء الشفيع الاول بعـدما أخذ المشترى الثانى بالشفعة كان لهذا الذى جاء أن ياخذها بالشفعة وليس له أن ياخذ الثانية بالشفعة وفى التجريد ولو كان المشترى شرط الخيار لغيره فاجاز وهو شفيعها فله الشفعة ولو باع عقارا وشرط الخيار لغيره فامضى ذلك الغير البيع وهو شفيعها فلا شفعة له وفى الفتاوى ولو باعه بخيار ثلاثة أيام ثم زاده ثلاثة أخرى ياخذها الشفيع اذا انقضت المدة الاولى قال رحمه الله ﴿أو بيعت فاسدا مالم يسقط حق الفسخ بشى يسقطه كالبناء﴾ لان البيع الفاسد بعد القبض لا يفيد الملك للمشترى فلا يثبت للشفيع فيـه حق مع بقاء ملـكه و بعـد القبض وان كان يفيـده لـكن حق البائع باق فيها ألا ترى انه واجب الدفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشترى التصرف فيه وفى اثبات الحق له تقريره فلا يجوز واذا اسقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة فتجب وقوله بالبناء مثال لانه ينقطع حق البائع باخراج المشـترى المبيع عن ملـكه بالبيع أو غيره على ما تقرر فى البيع الفاسـد فاذا أخرجه عن ملـكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها باى البيعين فان أخـذها بالبيع الاول أخذها بالقيمة وان أخذها بالبيع الثانى أخذها بالثمن لان البيع الثانى صحيح واذا أخرجها عن ملـكه بالهبة أو جعلها مهرا وغـير ذلك نقض تصرفه وأخذ بقيمته لما ذكرنا واذا بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبائع الشفعة فى المبيع لبقاء ملـكه فيها وان سلمها بعد الحـكم له لا تبطل فاذا بيعت بعد القبض فاستردها البائع منه قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملـكه قبل الاخذ فصار كما اذا باعها قبله واذا استردها بعد الحـكم له بقيت على ملـكه لما ذكرنا وقيد بقوله بيعت فاسـدا ليفيد ان الفساد قارن العقد واستمر بعده قيدنا به لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة على حاله كذا فى العناية واعترض على هذا بانه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد فى حق الشفيع كى لا يلزم تقرير الفساد واذا ثبت فى حق المشترى كما قلنا فى خيار الشرط لا يثبت فى حق الشفيع وان ثبت فى حق المشترى وأجيب

ان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض فلو أسقطنا العوض بقي بيع بلا عوض وهو فاسد أيضا والخيار ثبت لمعنى خارج عن العوضين فلو أسقطنا الخيار بقي بيع بلا خيار وهو مشروع قال رحمه الله ﴿أو قسمت بين الشركاء﴾ يعني لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الخيار والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة وهى المبادلة من كل وجه قال فى العناية ولانها لو وجبت لوجبت للقاسم لكونه جارا بعد استحقاق الشفعة وهو غير صحيح لان سببه الافراز وهو متأخر وهو لا بد أن يكون متقدما على زوال الملك القائم كما تقدم وكونه جارا متأخر وقول صاحب غاية البيان ولانها لو وجبت لوجبت للقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار فيه نظر لانه شريك قبل القسمة لا بعدها والكلام فيما بعدها قال رحمه الله ﴿أو سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء﴾ يعني اذا أسلم الشفيع الشفعة ثم ردت الى البائع بخيار رؤية أو شرط كيفما كان أو بعيب بقضاء القاضي لا تجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقدا جديدا فعاد اليه قديم ملكه والشفعة تجب فى الانشاء لا فى الاستمرار والبقاء على ما كان ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة فى الرد بخيار رؤية وليس معناه ان خيار الرؤية لا يثبت فى القسمة لان المذكور فى كتاب القسمة ان خيار الرؤية يثبت فى القسمة وخيار الشرط أيضا لان ثبوتها الخلل فى الرضا بالعقد الذى لا ينعقد لازما الا بالرضا والقسمة منه لما فيها من معنى المبادلة والمبادلة أغلب فى غير الكيلي والوزني فيجوز فيه خيار الرؤية والشرط ولا يجوز فى المكيل والموزون لان الاقرار فيهما هو الغالب وقال فى الكافى وصحح شمس الأئمة السرخسى ان خيار الرؤية لا يثبت فى القسمة سواء كانت بقضاء أو رضا قاله المشايخ وقلنا لا فرق بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده كذا فى العناية ولا عبرة بقول من قال المراد بعد القبض لانه لو كان هذا مرادا كان مناقضا لقولهم فى غير هذا المحل ولا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده كذا فى العناية اه قال رحمه الله ﴿وتجب لو ردت بلا قضاء أو تقايلا﴾ يعني تجب الشفعة ان ردها المشترى بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع وقال زفر لا تجب لان شفعته بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة بقصد العاقدين قلنا الاقالة سبب للملك بتراضيهما كالبيع غير انهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن ابطال حق الغير لان لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسخا فى حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا فى حق الشفيع فيتجدد له به حق الشفعة قال الشارح قال صاحب الهداية ومراده بالرد بالعيب الرد بعد القبض قال رحمه الله وهذا انما يستقيم على قول محمد لان بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما فى المنقول وأما على قولهما يجوز بيعه قبل القبض فلا يفيد القيد المذكور والله أعلم

﴿باب ما تبطل به الشفعة﴾

لما كان بطلان الشئ يقتضى سابقة وجوده ذكر ما تبطل به الشفعة بعد ذكر ما تثبت به الشفعة قال رحمه الله ﴿وتبطل بترك المواثبة أو التقرير﴾ حين علم مع القدرة عليه بان لم يمنعه أحد ولم يكن فى الصلاة لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة اعراض على ما تقدم والاصل فى هذا الباب ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وان من ثبت له الحق اذا أسقطه بعد ثبوته له سقط علم بثبوته له أو لم يعلم وتعبير المؤلف بترك الطلب أولى من تعبير صاحب الهداية بترك الاشهاد لانه يرد على صاحب الهداية ان الاشهاد ليس بشرط وترك ما ليس شرطا فى الشئ لا يبطله وفى المحيط لو سلم الشفعة للوكيل صح وسقطت ويصح تعليق الاسقاط بشرط ولو قال سلمت لك ان اشتريت لنفسك لم تبطل اذا كان اشتراها لغيره ولو قال لاجنبى سلمت شفعة هذا سقطت شفعته لانه سلم مطلقا فصرفناه الى المشترى حملا لكلام العاقل على الصحة ولو قال سلمت لك لا يصح لان الاجنبى بمعزل عن هذا العقد ولو قال له أجنبى سلم للمشترى فقال سلمت لك صح استحسانا كانه قال سلمت الشفعة للمشترى لشفاعتك قال رحمه الله ﴿وبالصلح عن شفعته على عوض وعليه رده﴾ يعني تبطل الشفعة اذا صالح المشترى الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد العوض لان حق الشفيع ليس بمقرر فى المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فيما اذا قال الشفيع أسقطت شفعتى فيما اشتريت على أن تسقط حصتك فيما اشتريت أو على أن لا اطلب الثمن منى لكونه ملائما حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما ومع هذا لا يتعلق اسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله

أسقطت تحقق الشرط أولم يتحقق فأولى أن لا يتعلق بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محضة فيصح الاسقاط ويبطل الشرط وكذا اذا باع شفعته بمال لما بينا ونظير ما نحن فيه اذا قال للمخيرة اختاري بألف أو قال ألفين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت المال والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال قال في شرح الجامع الكبير اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل شفعته كما في الكفالة والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم له والمكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له بعوض معنى فان الثمن سلم له عوضا أصلا فلا يسقط حقه في الكفالة اهـ قال الشارح والاصح أن الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال قيد بقوله صالح عن شفعته لانه لو صالح على أخذ نصيب الدار بنصف الثمن يجوز ولو صالح عن أخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا تسقط شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض غير أن الثمن مجهول ومثله من الجهالة يمنع صحة البيع ابتداء والاخذ بالشفعة بيع وفي المبسوط ساوم الشفيع المشترى أو سأله أن يوليه اياها بذلك الثمن فقال نعم فهو تسليم منه اهـ وفي المحيط وهذه على ثلاثة أوجه أحدها ما ذكره المؤلف الثاني أن يصالح على أن يأخذ نصف الدار بنصف الثمن أو ثلث الدار بثلث الثمن فالصلح جائز لانه أخذ بعوض معلوم بثمن معلوم المسئلة الثالثة أن يأخذ بعضها غير معلوم أو شيأ معلوما يبطل الصلح ولا تبطل شفعته لان هذا لا يدل على الاعراض وفي الجامع صالح أجنبي أن يسلم الشفعة على مال بطلت الشفعة بلا مال فان قال المصالح على أن تكون الشفعة لي لم تبطل الشفعة لانه لم يسقط حقه بل أقام الاجنبي مقام نفسه في طلب الشفعة وفي ابن فرسته ولو استأجر الشفيع الدار أو أخذها منه مزارعة أو معاملة مع علمه بالشراء بطلت شفعته اهـ والله تعالى أعلم قال رحمه الله ﴿وبموت الشفيع لا المشترى﴾ يعني بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشترى وقال الامام الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضا لانه حق معتبر كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا أنه مجرد حق وهو حق التمليك وانه مجرد رأى وهو الصفقة فلا يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ولهذا جاز له أخذ العوض عنه وملك العين يبقى بعد الموت فامكن ارثه بخلاف الشفعة لانه مجرد رأى ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ولأن ملك الشفيع فيما يأخذ به الشفعة يشترط أن يكون باقيا من وقت البيع الى وقت الاخذ بالشفعة ولم يوجد في حق الميت وقت الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لانها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالزائل بعد الاخذ وانما لا تبطل بموت المشترى لان المستحق باق ولم يتغير بسبب حقه وانما حصل الانتقال الى الوارث فصار كما اذا انتقل الى غيره فيأخذها قيدنا بقولنا قبل الاخذ قال في العنايه اذا مات بعد قضاء القاضي له بالشفعة أو سلم المشترى الدار له فهي لورثته يأخذونها ولا تباع الدار في دين المشترى لأن حق الشفيع مقدم على حق المشترى فان باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فللشفيع أنه ينقضه كما لو باعها المشترى في حياته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لانه قضاء منه مخالف للاجماع اهـ قال رحمه الله ﴿وببيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة﴾ يعني تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة لان سبب استحقاقه قد زال قبل القضاء بالشفعة ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع الدار بشراء المشفوعة أو لم يكن عالما وكذا ابراء الغريم لان كل ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق ألا ترى أنه لا يرتد برد المشترى ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته ولو اشتراها الشفيع من المشترى بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء أعرض عن الشفعة ولمن هو بعده من الشفعاء أو مثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وان شاء بالثاني بخلاف ما اذا اشتراها ابتداء من غير أن يثبت له فيها حق الاخذ لان شراءها هناك لم يتضمن اعراضا اهـ قال رحمه الله ﴿ولا شفعة لمن باع أو بيع له﴾ يعني بيع له بالوكالة والاصل فيه أن من باع أو بيع له فلا شفعة له ومن اشترى أو اشترى له كان له الشفعة لان الاخذ بالشفعة في الاول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو بالبيع لان البيع تمليك والاخذ تملك وبينهما منافاة وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره لان الاخذ بالشفعة مثل الشراء ولا فرق بين أن يكون ذلك صدر من الاصيل أو الوكيل حتى لا تكون له الشفعة في الاول ولا لموكله وفي الثاني لهما ذلك فلو باع المضارب أو العبد المأذون العقار ليس للمولى ولا لرب المال الاخذ بالشفعة ولو اشتراها كان لرب المال الشفعة لما ذكرنا وكذا المولى ان كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين فلا فائدة بالاخذ لانه ملكه والمخير للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لما عرف وفائدة قوله ان المشترى لا تبطل شفعته ان شارك غيره من الشفعاء ان لم يتقدموا عليه وان تقدم هو على من هو بعده من الشفعاء فهي تسلم له عند ترك غيره من الشفعاء والبائع ليس له أن يطلب المبيع

بالشفعة فى دار أخرى غيرها بلزقها الا أنه لما باعها رغب عنها والاخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف المشترى وفى التجريد ومن باع دراهم وهو شفيعها فله الشفعة اهـ والظاهر أنه ومن اشترى دارا ولا يخفى أن قوله ولا شفعة لمن باع متكرر مع قوله و بيع ما يشفع كما تقدم قال رحمه الله ﴿ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع﴾ فان كان المشترى هو الذى فعل ذلك فاجاز فهو كالمشترى وقد بيناه قال رحمه الله ﴿أو ضمن الدرك عن البائع﴾ يعنى اذا ضمن الشفيع الدرك عن البائع فلا شفعة له لان تمام المبيع انما كان من جهته فليس له أن ينقض ما تم من جهته وقد بيناه قال رحمه الله ﴿ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة﴾ وقد بيناوجهه فيما تقدم وفى فتاوى الفضلى الوكيل بشراء الدار اذا قبض الدار وهى فى يده يطلب الشفيع منه و يأخذها منه فان كان سلم الدار الى الموكل يطلب من الموكل و يأخذ منه ولا يطلب من الشفيع وفى جامع الفتاوى اشترى الوكيل فحضر الشفيع يأخذها من الوكيل ولا يلتفت الى حضرة الموكل ولو كان وكيلا بالبيع فباع فحضر الشفيع يأخذها من الشفيع وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى الوكيل بالشراء لا يملك الاخذ اهـ وفى الجامع دار لها شفيعان قال المشترى لاحدهما اشتريت الدار لك فصدقه لا يبطل حقه وان أقر بعد ذلك أنه لم يأمره لانا تيقنا ثبوت الشفعة له بالشراء سواء اشترى المشترى الدار لنفسه أو اشتراها للمقر له بامره لان من اشترى أو اشترى له كان له الشفعة ولم يوجد منه ما يبطلها الا ان تملكه الدار بالشراء طلب منه للشفعة وزيادة ولان من يطلب الشفعة يملك الدار بالشفعة فى الطلب الثانى فاذا ملكها للحال قام ذلك منه مقام الطلب والزيادة ولو قال المشترى هذه الدار كلها كانت لك ولم تكن لى ولا للبائع أو قال كنت اشتريتها قبل أو قال البائع وهبها لك فصدقه بطلت شفعته ولو لم يصدقه على ذلك للشفيع الاخذ فله أن يأخذ كلها بالشفعة لان الشراء قد صح من حيث الظاهر وجبت الشفعة للشفيعين بعد ما ثبت لهما من حيث الظاهر فبطل حق المصدق لتصديقه ولم يبطل حق المكذب لانهما يصدقان عليه وفى النوادر ولو أقر الشفيع قبل القضاء له بالشفعة أن هذه الدار لفلان الغائب وانه لم يأمره بالمبيع وقال المشترى بل هو للبائع لم تبطل شفعته وكذلك لو قال البائع وكانى صاحبها بالبيع وقال الشفيع لم يأمره صاحبها بالبيع فله الشفعة لان قول الشفيع لا يصدق فى حق المتبايعين فكان المبيع محكوما بصحته فى حقهما فجاز للشفيع أن يطالب بحقوقه وكذلك لو ادعى هذه الدار رجل فشهد له هذا الشفيع فلم يعدل ثم باعها ذو اليد فللشفيع أن يأخذها بالشفعة ذكره ابن سماعة ولو قال الشفيع هذه الدار لى فان أقمت البينة والا أخذتها بالشفعة فلا شفعة لانه ادعى ملكها والشفعة للتملك و يمتنع أن يملك ما هو على ملكه والشفعة حقه فلا يجوز أن يتملك بالعوض ما هو على ملكه ذكره ابن سماعة عن أبى يوسف وفى المسائل المتقدمة اعترف بكون الشئ على ملك غيره فجاز أن يتملكه بعوض هذا اذا علم أنه وكيل بالشراء فقد قدمنا حكمه وأما اذا لم يعلم ذلك الا بقوله وأنكر الشفيع الوكالة فهو خصم ولا فائدة فى هذه الخصومة لانا لو علمنا بالوكالة كان خصما لان حقوق العقد تتعلق به فكذا اذا لم تكن معلومة ولو قال المشترى قبل أن يخاصمه الشفيع اشتريت لفلان وسلم ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشترى لان اقراره قبل الخصومة لفلان صحيح كما لو كانت الوكالة معلومة ولو أقر بذلك بعد ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لانه صار خصما للشفيع وهو بهذا الاقرار يريد اسقاط حقه فلا يملكه ولو أقام بينة أنه قال قبل شرائه انه وكيل فلان لم تقبل بينته لانه يدفع بهذه البينة الخصومة عن نفسه وروى عن محمد أنه تقبل بينته لدفع الخصومة حتى يحضر المقر له والوكيل بطلب الشفعة خصم لان الاخذ بالشفعة يتضمن للشراء والخصومة والوكيل بهما جائز الا عند أبى حنيفة لانه لا يصح الا برضا الخصم وعندهما جائز بغير رضا الخصم ولو طلب وكيل الشفيع فقال المشترى قد سلم الشفيع لا يقبل قوله وكذلك لو أراد يمينه أنه لم يفرط فى طلب الشفعة ولكن يؤمر بتسليم الدار الى الوكيل ثم يتبع الموكل و يستحلفه وصار كالوكيل بقبض الدين اذا ادعى المديون الابراء من الموكل فانه يؤمر بدفع الدين للوكيل ثم يتبع الموكل و يستحلفه على ذلك ولو سلم الوكيل الشفعة أو أقر بالتسليم عند القاضى جاز تسليمه لان من ملك الاخذ بالشفعة ملك التسليم كما فى الاب والوصى ولا يجوز عند غير القاضى عندهما وقال أبو يوسف يجوز بناء على أن الوكيل اذا أقر على موكله بالتسليم فى غير مجلس الحاكم يقبل لما يأتى فى الوكالة للدار شفيعان فوكلا رجلا فقال سلمت شفعة أحدهما ولم يبين أيهما هو وقال اطلب الآخر ليس له ذلك حتى يبين لان القاضى يحتاج الى أن يقضى بالشفعة لاحدهما و بالتسليم على الآخر ولا يمكنه ذلك الا بعد البيان وكل الشفيع المشترى فاخذها لم يصح لان الاخذ بالشفعة شراء والواحد لا يصلح وكيلا بالشراء من الجانبين وكذلك لو وكل البائع استحسانا لانه يصير أخذا من نفسه فيؤدى الى التضاد فى الحقوق ان كان المبيع فى يده و بعد

التسليم

التسليم يصير ساعيا فى نقض ماقد تم من جهته لانه باخذه ينفسخ العقد بينه و بين المشترى ولا يجوز لاحد المتعاقدين السعى فى نقض ماتم به وكله بان ياخذ الشفعة بكذا وكان المشترى اشترى بأكثر لا يأخذ لان الوكيل بالشفعة وكيل بالشراء والوكيل بالشراء لا يملك الشراء بأكثر مما بين له الموكل من الثمن وكذلك لو قال اشترها من فلان فاشتراها من غيره لا ينفذ لانه خالف نخاصمه فى أخرى ليس له ذلك الا اذا عمم فى التوكيل لان الوكيل بشراء دار بعينها لا يملك شراء دار أخرى ولو طلب المشترى من الوكيل بطلب الشفعة ان يكف عنه مدة على انه على خصومته وشفعته جاز لان الشفيع لو أخر وأمهل المشترى بعد الاشهاد بدون طلبه جاز فكذلك بطلب وكيله ولا تبطل الشفعة بموت الوكيل وتبطل بموت الموكل ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان الحق ثابت للموكل لا للوكيل وفى المنتقى ولو وكل رجلا بطلب كل حق له و بالخصومة والقبض ليس له أن يطلب شفعته لان الشفعة شراء والوكيل بالخصومة لا يملك الشراء وله أن يقبض شفعة قد قضى بها قال رحمه الله ﴿فان قيل للشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل أو ببر أو شعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة﴾ لان تسليمه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير ان الثمن غيره لان الرغبة فى الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض الوجوه لا يلزم منه التسليم فى الوجوه كلها وكذا كل موزون أو مكيل أو عددى متفاوت بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعروض قيمتها ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دارهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسير فلا يكون له الاخذ وكذا لو أخبر ان الثمن عروض كالثياب والعبيد فظهر انه مكيل أو موزون أو أخبر ان الثمن مكيل أو موزون فظهر من خلاف جنسه من المكيل والموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وان ظهر انه جنس آخر من العروض قيمته مثل قيمة الذى بلغه أو ظهر انه ذهب أو فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لان فى غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمته ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمته أقل من ألف فتسلمه باطل لاطلاق المبسوط والايضاح حيث قالا ثم ظهر له مكيل أو موزون فهو على شفعته وأجيب بانه مفيد لانه اذا علم ان الشفعة لا تبطل اذا ظهر انه أكثر علم بطريق الاولى انها لا تبطل اذا ظهر انه أقل وفى المحيط ولو بلغه ان الثمن عبد فظهر انه جارية ينظر ان كان قيمة الجارية كقيمة العبد أو أكثر بطلت وان كان أقل من قيمة العبد لا تبطل فهو كما لو أخبر بالثمن ألف وظهر أقل ولو اخبر ان الثمن ألف درهم فسلم فاذا هو مائة دينار لم يذكره فى الاصل أيضا وذكر الكرخى ينظر ان كان قيمة الدنانير ألف درهم أو أكثر صح التسليم وهو قول شيخ الاسلام كذا فى التجريد وروى عن زفر له فى الوجهين الشفعة وهو قول الامام ولو أخبر انه باع نصفها فسلم ثم علم انه باع كلها فله الشفعة لان من رغب عن البعض لعيب الشركة لا يكون راغبا عن الكل وليس فيه عيب ولو أخبر انه باع الكل فسلم ثم علم انه باع نصفها بطلت شفعته لان من رغب عنها وليس بها عيب الشركة كان راغبا عنها وبها عيب الشركة بالطريق الاولى قالوا وتأويلها ان يكون ثمن النصف ثمن الكل فلو أخبر انه باع الكل بالف ثم علم انه باع النصف بخمسمائة فانه يجب ان يكون على شفعته لانه اذا رغب فى الاول لعجزه عن الالف فلا يكون راغبا عن الخمسمائة ولو أخبر انها بيعت بالف فسلم الشفيع الشفعة ثم حط البائع عن المشترى شيأ من الثمن وقبل الحط فله الشفعة لانه يلتحق باصل العقد فصار كما لو أخبر انها بيعت بالف فظهر انها بيعت باقل منه ولو زاد البائع مشترى الدار عليها عبدا أو أمة بعد ماسلم الشفيع الشفعة كان للشفيع ان ياخذ الدار بحصتها من الثمن لانه تبين ان حصة الدار من الثمن أقل ولو قضى القاضى له بالشفعة ولم يعلم بالثمن ثم علم فله الخيار لان رضاه بالاخذ انما يتم اذا علم بالثمن اهـ وفى التجريد وغيره أخبر ان الثمن عبد أو جارية فظهر انه مكيل أو موزون فهو على شفعته اهـ قال رحمه الله ﴿ولو بان انها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له﴾ وهو قول أبى يوسف وقد بينا المسئلة بفروعها فيما تقدم وفى المحيط سلم الشفيع الشفعة فقال المشترى للبائع كان تلجئة لا يتجدد شفعته لانه بعد ماسلم لم يبق له حق فصح اقرارهما بان البيع تلجئة فكان فاسدا ولو ثبت معاينة ان البيع تلجئة لا يتجدد للشفيع حق الشفعة بخلاف مالو كان قبل التسلم لان حق الشفيع ثبت من حيث الظاهر فاقرارهما يتضمن ابطال حقه فلا يقبل سلم الشفيع فى هبة بعوض فظهر انه بيع لم تعد الشفعة ولو سلم فى هبة بغير شرط العوض ثم تصادقا انه كان بشرط العوض فله الشفعة وفى النوادر ولو سلم الشفعة ثم جعل المشترى للبائع خيار يوم جاز فان نقض البائع البيع فى ذلك اليوم لا يتجدد للشفيع حق الشفعة رواه ابن سماعة عن محمد وروى ابن سماعة عن أبى يوسف ان له الشفعة اهـ

قال رحمه الله ﴿وان قيل له ان المشترى فلان فسلم ثم ظهر انه غيره فله الشفعة﴾ لتفاوت الناس فى الاخلاق فنهم من يرغب فى معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم فى حق البعض لا يكون تسليما فى حق غيره ولو علم ان المشترى هو مع غيره كان له ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد فى حقه قال محمد فى الجامع الصغير ولو قال الشفيع سلمت الشفعة فى هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط لحق كالطلاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الا بعد وجوده قال صاحب العناية بعد ما نقل كلام محمد هذا وهذا كما ترى يناقض قوله ولا يتعلق اسقاطه بالشرط الجائز فبالفاسد أولى اه وقد يجاب بانه فرق بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التى تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا وما ذكر هنا من الشروط التى لا تدل على الاعراض ولا على الرضا فتأمل قال رحمه الله ﴿وان باعها الا ذراعا فى جانب الشفيع فلا شفعة له﴾ يعنى اذا باع الدار الا مقدار ذراع فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الاتصال وهو حيلة وفى التاتارخانية الحيلة فى هذا الباب نوعان نوع لاسقاطه بعد الوجوب وذلك بان يقول للشفيع انا أبيعها منك فقال الشفيع نعم فتبطل شفعته وهو مكروه بالاجماع كذا ذكره شيخ الاسلام وذكر شمس الائمة انه لا يكره اذا لم يقصد المشترى الاضرار بالشفيع وفى الينابيع قيل الاختلاف قبل البيع أما بعده فمكروه بالاجماع وهو الاصح وفى العتابية ونوع منه يمنع وجوبه وقد اختلف المشايخ قالوا على قول أبى يوسف وعلى قول محمد مكروه وفى الذخيرة ومنهم من قال فى الشفعة لا تكره الحيلة لمنع وجوبها بلا خلاف وفى الخلاصة الحيلة لابطال الشفعة ان كان قبل الوجوب لا بأس به سواء كان الشفيع عدلا أو فاسقا فهو المختار وفى فتاوى الفضلى عن أبى بكر بن سعيد فقال الحيلة بعد البيع مكروهة فى الاحوال كلها وقبل البيع ان كان الجار فاسقا يتأذى به فلا يكره وقيل يكره فى جميع الاحوال اه قال رحمه الله ﴿وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الاول فقط﴾ لان الشفيع جار فى السهم الاول والمشترى شريك فى السهم الثانى وهو مقدم على الجار ولو أراد الحيلة يشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهما والسهم الثانى بدرهم فلا يرغب الجار فى أخذه لكثرة الثمن وكذا فى المسئلة بالشفعة أخذ قدر الذراع الاولى يأتى مثل هذه الحيلة بان يبيع ما يلى الجار بجميع الثمن الا درهما ثم يشترى الباقى بدرهم فان أخذه بجميع الثمن وليس له ان ياخذ الباقى بدرهم لانه ليس بجار فايهما خاف ان لا يوفى صاحبه شرط الخيار لنفسه وان خافا شرط كل منهما الخيار لنفسه ثم يخيران معا وان خاف كل منهما اذا أجاز لا يجيز صاحبه وكل منهما وكيل ويشترط عليه ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه وفى الفتاوى ومن جملة ذلك ان يتصدق بطبقة معينة على المشترى من الدار بطريقها ويسلمها اليه ثم يبيع الباقى منه فلا يكون للجار شفعة وفى الخانية أو المشترى يتصدق بمثل الثمن على البائع وهى والهبة سواء الا ان فى الهبة من الاجنبى يملك الرجوع وفى الصدقة لا يملك الرجوع ومنها ان يهب جزأ شائعا ثم يترافعا الى حاكم يرى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فيحكم بجواز الهبة ثم يبيع بقية الدار منه فيكون الموهوب له مقدما على الجار ومن جملة ذلك ان يهب قدر ذراع من الجانب الذى هو متصل بملك الجار اه قال رحمه الله ﴿وان ابتاعها بثمن ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب﴾ لان الثوب عوض عما فى ذمة المشترى فيكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تمنع الجار والشريك لانه يبتاع العقار باضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا بقدر قيمة العقار غير انه يخاف ان يتضرر البائع بذلك لانه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها فى ذمة البائع لوجوبها عليه بالبيع وبراءته حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار فاذا استحق تبين انه ليس عليه ثمن العقار فبطلت المقاصة فيجب على البائع الثمن كله والحيلة فيه ان يدفع اليه بدل الدراهم الثمن دنانير بقدر قيمة العقار فتكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين ان لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير والحيلة الاولى تختص بالجوار وهذه لا وحيلة أخرى تعم الجار والشريك أن يشتريه باضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار لا قدر قيمة الدنانير مثلا ثم يعطيه دينارا بالباقى فيصير صرفا فيه فاذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله فغير الدنانير على انه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف وان كان الشفيع خليطا فى نفس المبيع فاراد ان يبيعها من أحدهم وتسقط الشفعة من

الباقين

الباقين فالحيلة فيه ان يجعل الثمن مجهولا والصبى والمجنون بمنزلة البالغ فى هذه المسئلة بعد ان يكون مثل القيمة أو بنقصان يتغابن فيه وهذه حيلة عامة وذكر الخصاف حيلة لم يذكرها محمد وهوان يدعى ان الدار لابن صغيرله فى يدهذا الرجل ثم ان المدعى يدعى له مائة دينار ولا يقول انهامن مال ابنه الصغير على انه يسلم الذى فى الدار فيجوز ولا شفعة فيها لان الاب لم يأخذ الدار بطريق المعاوضة ومن جملة الحيل ان يقر البائع بجزء معلوم من الدار للمشترى ثم يبيع الباقى منه ومن الحيل ان يوكل المشترى وكيلا بالشراء فيشترى الوكيل و يغيب ولا يكون الموكل خصما للشفيع فهذا على قول محمد وعلى قول أبى يوسف يكون خصماله اهـ قال رحمه الله ﴿ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة﴾ هذا عند أبى يوسف وعند محمد يكره لان الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة ولابى يوسف انه يحتاج لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروعة وان كان غيره يتضرر بذلك وقدقدمنا هذه المسئلة بفروعها قال فى النهاية قيل هذا الاختلاف بينهم قبل الوجوب وأما بعده فمكروه بالاجماع ولقائل ان يقول امان يراد بالاجماع والاختلاف اجماع المجتهدين واختلافهم فى نفس المسئلة أو يراد اجماع المشايخ واختلافهم فى الرواية وايما كان لا يخلو عن اضطراب لان الاختلاف بين المجتهدين مقرر و بين المشايخ أيضا مقرر قال رحمه الله ﴿وأخذ حظ البعض بتعدد المشترى لا بتعدد البائع﴾ يعنى ان المشترى اذا تعدد بان اشترى جماعة عقارا والبائع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم و يترك الباقى وان تعدد البائع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشترى واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق ان الشفيع فى الوجه الثانى لو أخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر بعيب الشركة وهى شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر المشترى ضررا زائدا على الاخذ بالشفعة وفى الاول لا تتفرق الصفقة على أحد ولا فرق فى هذا بين ان يكون قبل القبض أو بعده فى الصحيح الا ان الشفيع اذا اختار أخذ الجميع لا يمكنه ان يأخذ نصيب أحدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع لئلا يؤدى الى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لانه كواحد منهم وكما اذا كان المشترى واحدا فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل ثمنا أوسمى الكل جملة لان العبرة فى هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والعبرة فى التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة يتعدد وأخذه يتعدد وكان للشفيع ان يأخذ نصيب أحدهم ولو وكل جماعة واحدا ليس للشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو أصل فيه فيتحد باتحاده و يتعدد بتعدده قيدنا بقولنا لا فرق بين ان يكون الاخذ قبل القبض أو بعده فى الصحيح وروى الحسن عن الامام انه فصل فقال ان أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك و بعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه و بعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه ان له ان يحبس الجميع الى ان يستوفى جميع الثمن فلا يؤدى الى تفريق اليد عليه واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فأراد ان يأخذ أحدهما دون الآخر فليس له ذلك وفى فتاوى العتابية ولو كانا متلاصقين وشفيع أحدهما خاصة ولو كانا أرضين أوقرية وأرضا أوقريتين وأرضهما وهو شفيع ذلك كله فانماله ان يأخذ جميع ذلك كله أو يدعه سواء كانا متلاصقين أوفى مصرين أوقريتين بعد ان يكون ذلك صفقة وذكر شيخ الاسلام فى شرحه ان له ان يأخذ الدار الذى هو شفيعها فى ظاهر الرواية ولو اشترى الدار بمتاع فيها صفقة واحدة فالشفيع يأخذ الدار مع المتاع أو يدع الكل وذكر شمس الائمة السرخسى فى شرحه كان أبو حنيفة يقول أولا هذا ثم رجع وقال يأخذ واحدا منهما ثم رجع وقال يأخذ الذى هو شفيعها خاصة وفى الفتاوى العتابية ولو اشترى دارين ورفع الحائطة من الدار الاخرى وجعلهما دارا واحدة أخذ الشفيع كلها وان كان ذلك الباب بحاله لانه دار لها بابان ولو فتح باب البيت التى اشتراها الى داره وسد الباب الاول وصار ممرا وفابهذا البيت معها أخذها بالشفعة قال رحمه الله ﴿وان اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشترى بقيمته﴾ يعنى لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشترى البائع يأخذ الشفيع نصيب المشترى الذى حصل له بقيمته وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت بقضاء أو تراض لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع ولهذا لو باع أو أجر يطيب له الثمن والاجرة وليس للشفيع فيه ملك وانما له حق الاخذ بالشفعة وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير انه ينقض تصرفا يبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر فى القسمة فيبقى على الاصل فى حق البيع

الاول وفى حق ماله حكمه وهو القبض بجهته فظاهر عبارة الشارح انه يأخذه سواء وقع فى جانب الدار المشفوع بها أولا وفى التجريد عن الامام أن الشفيع انما يأخذ النصيب الذى أصاب المشترى اذا وقع فى جانب الدار المشفوع بها وفى واقعات الناطفى ان القسمة اذا كانت بحكم ففى نقض القسمة روايتان قال الصدر الشهيد فى واقعاته والمختار لا نقض بخلاف ما اذا أخذ أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته وفى التجريد رجلان اشتريا دارا وهما شفيعان ولهما شفيع ثالث اقتسماها ثم جاء الثالث فله أن ينقض القسمة سواء اقتسماها بقضاء أو بغير قضاء اهـ وأما اذا لم يكن للشفيع نقض القسمة فى مسئلة الكتاب فيأخذ نصيب المشترى فى أى جانب كان لانه استحقه بالشراء والمشترى لا يقدر على ابطاله فيأخذه وهو قول أبى يوسف واطلاق الكتاب يدل عليه وقدمنا قول الامام واطلاق الماتن صادق على ما اذا قاسم البائع أو غيره وليس كذلك فلو زاد أو قاسم البائع لسلم من الاعتراض اهـ قال رحمه الله ﴿وللعبد المأذون الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه﴾ يعنى اذا باع رجل دارا وللبائع عبد مأذون له فى التجارة وعليه دين يحيط برقبته وماله فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة وكذا عكسه وهو ما اذا كان العبد المأذون هو البائع فلمولاه الاخذ بالشفعة لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء أحدهما من صاحبه جائز اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما فى يد عبده المديون أو لكون العبد أحق به بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بائع لان بيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له بخلاف ما اذا اشترى لانه ابتيع له وقد بينا ان من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته ولو قيد بالمديون لكان أولى قال رحمه الله ﴿وصح تسليمهم الشفعة من الاب والوصى والوكيل﴾ يعنى ان الحمل والصغير فى استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهما فى سببه فيقوم بالطلب والاخذ والتسلم من يقوم مقامهما وهو الاب ثم وصيه ثم أب الاب ثم وصيه ثم الوصى الذى نصبه القاضى فان لم يكن أحد فهو على شفعته حتى يدرك وهذا قول الامام وأبى يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصى عند العلم بالشراء للامام محمد وزفر ان هذا ابطال لحق الصبى فلا يصح كالعفو عن القود واعتاق عبده وابراء عن عينه ولان تصرفهما نظرى والنظر فى الاخذ يتعين ألا ترى انه شرع لدفع الضرر فكان فى ابطاله الحاق الضرر به فلا يملك ولهما ان الاخذ بالشفعة فى معنى التجارة بل هو عينها ألا ترى انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة يوضحه انه لو أخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذا اذا اسلمه اليه بل أولى لانه اذا أخذه ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز كانت العهدة على الصبى وفى الاول على البائع أو المشترى ولان هذا تصرف دائر بين النفع والضرر فيحتمل أن يكون الترك أنفع بابقاء الثمن على ملك الصبى بخلاف العفو عن القود وما ذكر معه لانه ضرر محض غير متردد ولانه ابطال بغير عوض هذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فى مثله قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبى وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعند الامام لا يصح تسليم الاب والوصى ولا رواية عن أبى يوسف قال فى النهاية ولما لم يصح التسليم على قول الامام لا يصح على قول محمد وزفر بالاولى ولو كان المشترى هو الاب لنفسه كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وكذا لو اشترى لابنه الصغير كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر وهو أن لا يكون فيه غبن فاحش فكذا فى الاخذ والوصى كالاب فى هذا الا انه يشترط فى حقه أن يكون فيه نفع بالصغير ظاهر حتى اذا كان بمثل القيمة لا يجوز وكذا اذا باع من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون أكثر وفى الاب يجوز اذا كان بمثل القيمة فيهما ثم كيفية طلبه أن يقول اشتريت وأخذت بالشفعة متصلا ولو باع كل واحد منهما مال الصغير أو مال نفسه ليس له أن يأخذ بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكرنا ان من باع أو بيع له الخ وان كان فى الشراء غبن فاحش كان للصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ وفى الاصل الحمل فان وضعت لاقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء فانه لا شفعة لها الا أن يكون أبوه مات قبل البيع وورث الحمل عنه حينئذ يستحق الشفعة وان جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا وفى السغناقى واذا كانت الشفعة لكبير وصغير وحمل وقد ثبت نسبه من الميت شركهم فى الشفعة وان جاءت لاكثر من ستة أشهر اهـ وفى التتمة واذا بيعت باقل من قيمتها فتسليم الاب والوصى لا يصح والصغير على شفعته اذا بلغ وفى الاصل اذا اشترى الاب لنفسه دارا وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الشفيع للصغير حتى بلغ قياس قول أبى حنيفة لا شفعة للصغير أما

الوصى فهو على شفعته ويجب أن يكون الجواب فى شراء الاب دارا وابنه الصغير شفيعها على التفصيل ان لم يكن فيه ضرر فلو وقع باكثر من القيمة بما يتغابن الناس فيه لا يكون للصغير شفعة اذا بلغ وان وقع شراء الاب باكثر من القيمة بما لا يتغابن الناس فيه كان للصغير الشفعة اذا بلغ اهـ قال رحمه الله ﴿والوكيل﴾ بالجر عطفا على الاب يعنى الوكيل بالشراء تسليم الشفعة منه صحيح والمراد بالوكيل ههنا الوكيل بطلب الشفعة أما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع والوكيل بطلب الشفعة انما يصح تسليمه فى مجلس القاضى عند الامام وعند أبى يوسف يصح فى مجلس القاضى وغيره وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه أصلا لانه أتى بضد ما أمر به فصار كالموكل باستيفاء الدين فابرأه منه ولهما انه توكيل بالشراء له لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن يشترى فله أن يترك الشفعة غير ان أبا يوسف يقول هو وكيل مطلق فينفذ تصرفه مطلقا والامام يقول الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة فى غير مجلس القاضى فلا يكون وكيلا فى غير مجلس الحاكم ولو أقر الوكيل بطلب الشفعة على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عند الامام ومحمد اذا كان فى مجلس القاضى وان كان فى غيره فلا يجوز الا أنه يخرج من الخصومة اهـ وقال أبو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وقد قدمنا بعض هذه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب القسمة﴾

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما ان أقوى أسباب الشفعة الشركة فاحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم البقاء باع فوجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاءما كان على ما كان أصل وهنا يحتاج الى معرفة شرعية القسمة وتفسيرها وركنها وشرطها وحكمها وسببها ودليلها أما دليل المشروعية فهو قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقوله تعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ومن السنة ماروى أنه عليه الصلاة والسلام فتح خيبر وقسمها بين الغانمين وعليه اجماع الامة وأما تفسيرها لغة فهو عبارة عن الاقتسام كالقدرة للاقتدار والاسوة للائتساء وأما شرعا فسيذكرها المؤلف وأما ركنها فالفعل الذى يقع به الافراز وأما شرطها فان لا تتبدل منفعته بالقسمة ولا يفوت وأما حكمها فتعين نصيب كل واحد منهما من نصيب الآخر ملكا وانتفاعا وسببها طلب كل واحد من الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخصوص وأما محاسنها ان أحد الشريكين يحصل له من صاحبه سوء الخلق وضيق العطن وقوة الرأس وليس له مخرج من هذه الامور الا الركون الى الاقتسام وأما صفتها فهى واجبة على الحاكم عند طلب بعض الشركاء قال رحمه الله ﴿هى جمع نصيب شائع فى معين﴾ هذا معناه شرعا لان مامن جزء معين الا هو مشتمل على النصيبين فكان مايقبضه كل واحد منهما نصفه ملكه ونصفه ملك صاحبه فاذا وقعت القسمة صار حصة صاحبه فيما وقع فى نصيبه عوضا عما فاته فى نصيب صاحبه قال رحمه الله ﴿وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر فى المثلى فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهى فى غيره فلا يأخذ﴾ يعنى القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر من ذوات الامثال حتى كان لاحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة هى الظاهرة فى غير المثلى كالثياب والعقار والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه وان كان معنى الافراز ظاهرا فى المثلى لان ما يأخذ كل واحد منهما مثل حقه صورة ومعنى فامكن أن يجعل عين حقه فى القرض والصرف والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح فى القرض قبض للافتراق قبل أحد العوضين ولا فى الصرف والسلم لحرمة الاستبدال فيهما قال فى النهاية فان قلت أليس ان محمدا ذكر فى آخر كتاب القسمة اذا كان وصى الذمى مسلما وفى التركة خمور انه يكره قسمتهما ولو كان الرجحان فى هذه القسمة للافراز ينبغى أن يجوز من غير كراهة فان الذمى اذا وكل مسلما أن يقبض خمرا له جاز قبضها من غير كراهة قلت ذكر شمس الأئمة الحلوانى اذا كان فى التركة خمور لا يكره للوصى المسلم قسمتها لان هذا افراز محض ليس فيه شبهة المبادلة وانما تكره القسمة اذا كان مع الخمر الخنازير لان القسمة حينئذ تكون مبادلة وغيره من المشايخ قالوا الا بل تكره قسمة الخمور وحدها لان العمل بالشبهين فى قسمة الخمور وحدها يمكن باثبات الكراهة ومعنى الكراهة هنا هو ما بين الحلال المطلق والحرام المحض وانما كان معنى المبادلة فى غير المثلى أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كانه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين ولو اشترى دارا فاقتسماها لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة ولك أن تقول ان القسمة لا تعرا عن معنى الافراز والمبادلة فى جميع الصور سواء كانت فى ذوات الامثال أو فى غيره لانها بالنظر الى البعض افراز وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان كذلك فغاية الامر ان البعض الذى يأخذه كل منهما عوض عما فى يد

صاحبه وليس بمثل له بيقين فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض فلا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الآخر وهو كونه بعض حقه فى الجملة فثبتت المساواة بين المبادلة والافراز غير ان الظهور للمبادلة قال رحمه الله ﴿ و يجبر فى متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا فى غيره ﴾ يعنى اذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبى على القسمة فى متحد الجنس سواء كان من ذوات الامثال أولا ولا يجبر فى غير متحد الجنس كالغنم مع الابل لما بيناه من المعنى وفى غاية البيان قال فى الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسمة لا يجبر الآبى عليها كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر عليها الآبى كقسمة ذوات الامثال كالمكيل والموزون وقسمة يجبر الآبى فى غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار رؤية وخيار عيب ففى قسمة الاجناس المختلفة تثبت الخيارات الثلاث وفى قسمة ذوات الامثال كالمكيل يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية فخيار الرؤية والعيب يثبتان من غير شرط بخلاف خيار الشرط وفى قسمة الثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية على رواية أبى سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى و يثبت فيه خيار العيب من غير خلاف اه وفى الذخيرة القاضى لا يقسم الاجناس المختلفة قسمة جمع اذا أبى بعض الشركاء بان كان بينهم ابل وغنم وطلب أحدهم من القاضى أن يجمع نصيبه فى الابل والبقر والغنم فالقاضى لا يقسم على هذا الوجه وفى الجنس المتحد يقسم قسمة جمع عند طلب البعض بان كان بينهم غنم كثيرة أو ابل كثيرة وطلب أحدهم من القاضى أن يجمع نصيبه فى طائفة منها فعل القاضى ذلك اه وفى النهاية اعترض على قوله يجبر بان المبادلة معتبرة فيها فكيف يجبر وأجيب بانه يجبر لدفع الضرر عن غيره كالغريم يحبس حتى يباع ماله لبعض الدين ولهذا لا يثبت حكم الغرور فيها حتى لو أخذ أحدهما الدار و بنى فى نصيبه فاستحقت الدار التى بنى فيها لا يرجع على صاحبه بقيمة بنائه اذا انقض اه وظاهر العبارة صادق بطلب صاحب القليل والكثير وسيأتى تقييده قال رحمه الله ﴿ وندب نصب قاسم رزقه فى بيت المال ليقسم بلا أجر ﴾ يعنى يستحب نصب قاسم ورزقه فى بيت المال لان القسمة من جنس القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضى ولان منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاء والمقاتل والمفتى فتكون كفايته فى بيت المال لانه أعد لمصالحهم كمنفعة هؤلاء وفى العتابية وغيرها و ينصب القاضى قاسما و يجوز للقاضى أن يقسم بنفسه و يأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرة وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضى مباشرتها وانما الذى يفترض عليه جبر الآبى على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء لانها تستفاد منه اه قال رحمه الله ﴿ والا نصب قاسما يقسم باجرة بعدد الرؤس ﴾ يعنى ان لم ينصب قاسما رزقه فى بيت المال نصبه وجعل رزقه على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضى ان يأخذ الاجرة على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى انه لا يفترض عليه ان يقسم عليهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه و يقدر له القاضى أجرة مثله كيلا يطمع فى أموالهم و يتحكم بالزيادة والافضل ان رزقه من بيت المال لانه أرفق وأبعد من التهمة وقوله بعدد الرؤس يعنى يجب عليهم الاجرة على عدد الرؤس ولا يتفاوت بتفاوت الانصباء وهذا عند الامام كما سيجىء بيانه عن قريب قال رحمه الله ﴿ ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة ﴾ لانه من جنس عمل القضاء لانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك بما ذكرنا قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة ورد بهذا ما به يلزم من ظهور العدالة ظهور الامانة ورد عليه بان المذكور العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضى استدراك ذكر الامانة فان قلت لا يجوز ان يراد بالعدالة ظهورها كما أريد بالامانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ظهور العدالة من لفظ العدالة غير ظاهر لا يفهم من لفظها وحده بدون القرينة وارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة فى الكتاب ابتداء ظاهر العدالة لا غنى عن ذكر الامانة ٧ قال رحمه الله ﴿ ولا يتعين قاسم واحد ﴾ لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجرة مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم على ان يستأجروه ولان القسمة فيها معنى المبادلة وهى تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا انه فيها معنى المبادلة الا اذا كان فيهم صغير لان تصرفهم عليه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه قال رحمه الله ﴿ ولا يشترك القسام ﴾ يعنى يمنعهم القاضى من الاشتراك كيلا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية لانهم اذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الاشتراك يتبادرون اليها خشية الفوات فيرخص الاجر بسبب ذلك والاجرة على عدد الرؤس على قول الامام وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فتتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحافر البئر وحمل

الطعام

الطعام وغسل الثوب المشترك وكبناء الدار والجدار لان المقصود بالقسمة ان يتوصل كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة صاحب الكثير أكثر فكانت مؤنة القسمة عليه أكثر وللامام ان الاجرة بمقابلة التمييز وانه لا يتفاوت ور بما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار الكسور فيتعذر اعتباره ألا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم باصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهم جملة بخلاف ماذكراه لان الاجرة مقابلة بالعمل وهو تتفاوت الاجرة بتفاوته وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الاجرة على الطالب للقسمة لانه هو المنتفع بالقسمة دون الآخر اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة﴾ وهذا عند الامام وقالا يقسم باعترافهم لان اليد دليل الملك والاقرار دليل الصدق فصار كالمنقول والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر لهم ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكر في كتاب القسمة انه قسمه باعترافهم ليقتصر عليه ولا يتعداه حتى لا تعتق أمهات أولاده ومدبره لعدم ثبوت موته بخلاف ما اذا كانت القسمة بالبينة وللامام انها قضاء على الميت لان التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ينفذ فيها وصاياه بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فلا بد من البينة وقد يمكن بان يجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن أنفسهم وأورد بانه لا أولوية لاحدهم أن يكون مدعيا والآخر أن يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول ولا قضاء مع الجهالة واجيب بان للقاضي ولاية التعيين تحصيلا لمقصوده فترتفع الجهالة بتعيينه ولان الوارث نائب عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة ألا ترى أنه لو ادعى انسان على الميت دينا فاقر به الوارث فاقام المدعى البينة تقبل لانها تثبت الدين على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا في حصته خاصة وكذلك الجواب ولو قال مكان الوارث وصى بخلاف المنقول لان في قسمته نظرا لانه يخشى عليه التلف وبخلاف العقار المشترى لان المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال رحمه الله ﴿ويقسم في المنقول والعقار المشترى ودعوى الملك﴾ يعني يقسم في الموروث المنقول والعقار المشترى وفيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم قسم بقولهم من غير اقامة بينة أما في المنقول والعقار المشترى فلما بينا من المعنى والعرف وأما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية الانتقال اليهم فلانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم ويكون مقتصرا عليهم فيجوز ثم قيل هذا قول الامام وقيل قول الكل وهو الاصح ولفظ الجامع الصغير يفيد أنه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لاحتمال أن يكون الملك في يد غيرهم اهـ قال رحمه الله ﴿ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما﴾ يعني لو أقام رجلان بينة أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا ولو طلبا من القاضي أن يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة بان العقار ملكهما لاحتمال أن يكون هو لغيرهما وهذه عبارة الجامع الصغير وما تقدم رواية القدوري وكلاهما في دعوى الملك المطلق ومثل هذا لا يليق بهذا المختصر قال رحمه الله تعالى ﴿ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أو وصى قسم بطلبهم ونصب وكيل أو وصى يقبض نصيبه﴾ يعني يقبض الوكيل نصيب الغائب والوصى نصيب الصغير لان في نصبه نظرا للصغير والغائب ان حضر ولا بد من اقامة البينة عند الامام لما بينا لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير وعندهما يقسم بقولهم لما ذكرنا ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين فان الصغير والغائب على حجته قال في العناية قولهم في أيديهم وقع سهوا من الكاتب والصحيح وأيديهما لانه لو كان في أيديهم لكان في الغائب والصغير وسيأتي أنه لا يقسم وأجيب بانه أطلق الجمع وأراد به المثنى وفي الخانية هذا اذا كان العقار كله في يد الحاضرين فان كانت الدار كلها أو شيء منها في يد الغائب أو الصغير وطلب هؤلاء من القاضي القسمة فانه لا يقسم حتى يحضرا أو يقيما البينة على الموت وفي الجامع انه لا يقسمه ولو أقاما البينة ما لم يحضرا اهـ وأفاد بقوله قسم أن للقاضي فعل ذلك قال في المحيط فلو قسما بغير قضاء لم تجز القسمة الا أن يحضرا فيجيزا أو يبلغ فيجيز فان مات الغائب أو الصغير فاجاز ورثته جاز عند الامام وقال محمد لا يجوز لانه مات من له الاجازة فبطلت وللامام انا لو أبطلنا القسمة بالموت احتجنا الى اعادة مثلها فاجازتها أولى اهـ وفيه أيضا ولو قسموا بامر صاحب الشرطة لم يجز لان القسمة لم تفوض اليه لانه فوض اليه أمر الجنايات اهـ قال رحمه الله ﴿ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم﴾ يعني لا يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم أما في الشراء فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب مباشرة ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فلا يصلح الحاضر أن يكون خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت فيه ملك خلافة حتى يرد

بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين فيصح القضاء بقيام البينة على خصمه وفى الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل وأما اذا كان العقار فى يد الوارث الغائب فلان القسمة قضاء على الغائب باخراج الشئ من يده من غير خصم عنه فلا يجوز وكذا اذا كان بعضه فى يده والباقى فى يد الحاضر وكذا اذا كان فى يد مودعه أو مستعيره أو فى يد الصغير لان المودع والصغير ليسا بخصم ولا فرق فى هذا بين اقامة البينة وعدمها فى الصحيح اهـ فان قلت التعليل فى قولهم اذا كان شئ منه فى يد الصغير أو الغائب يكون قضاء باخراجه من يده لك ان تقول هذا يستقيم اذا كان كله أو كان البعض الذى فى يد الصغير أو الغائب زائدا على قدر حصته أما اذا كان قدر حصته من الدار أو أقل فلا يظهر أن فيه قضاء على الصغير والغائب باخراج شئ مما كان فى يده بل يلزم ابقاء ما كان فى يده فى صورة التساوى وزيادة شئ عليه فيما كان فى يد الحاضرين فى صورة النقصان اهـ وأما اذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح أن يكون مخاصما ومخاصما فلا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بيناه هذا هو ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أن القاضى ينصب عن الغائب خصما وتقام البينة ولو حضر صغير وكبير نصب وصيا عن الصغير وقسم اذا أقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث وموصى له بالثلث فى الدار وطلبا القسمة وأقاما البينة على الارث والوصية يقسم لان الموصى له شريك فى الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب عن نفسه والوارث عن الميت وبقية الورثة فصار كما اذا حضر وارثان ولو حضر الموصى له وحده لا يقسم ذكره فى الذخيرة وفى النهاية انما ينصب القاضى وصيا عن الصغير اذا كان حاضرا بخلاف الغائب وفى المحيط ولو كانت مشتركة بالشراء فجرى فيها الميراث بان مات واحد منهم لا يقسم اذا حضر البعض لان الوارث لم يقم مقام المورث فى الشركة الاولى بالشراء فينظر فى هذا الى الشركة الاولى فان كانت بالميراث يقوم الثانى مقام الاول وان كانت بالشراء لا يقوم ضيعة بين خمسة واحد صغير واثنان غائبان واثنان حاضران فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين وطالب شريكه الحاضر بالقسمة عند القاضى وأخبراه عن القضية فالقاضى يأمر شريكه بالقسمة وجعل وكيلا عن الغائبين والصغير لان المشترى قائم مقام البائع وكان للبائع أن يطالب شريكه فكذا من قام مقامه أرض بين رجلين فطلب أحدهما القسمة وقدمه الى القاضى فاتى شريكه وقال بعت نصيبى وأقام البينة على البائع لا تقبل البينة لدفع القسمة عنه لانه يريد ابطال حق القسمة باثبات فعل نفسه بالبيع فلا يقدر على الاثبات ولو كان على الميت دين لغائب غير مستغرق حبس القاضى قدر الدين وقسم الباقى لان التركة ملك للورثة اذا لم يكن الدين مستغرقا الا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض قضائه وان كان الدين مستغرقا لا يقسم لانهم لا ملك لهم فى التركة فى هذه الحالة اهـ وفى التجريد ولو بنى رجلان فى أرض لرجل باذنه ثم أرادا قسمة البناء ومؤاجر الارض غائب فلهما ذلك فان أبى أحدهما لم يجبر على القسمة وفى النوازل سئل أبو بكر عن قرية مشاع بين أهلها بعضها وقف وبعضها مقبرة ونصفها ملك يريدون ان يتخذوه مقبرة قال ان قسمت القرية كلها على مقدار كل نصيب جازت وان أرادوا ان يقتسموا موضعا منها لا يجوز وعن الحسن رجل اشترى من آخر نصف دار ثم قاسمه قبل ان يقبضها جازت القسمة فان استحق النصف الذى فى يد المشترى بطل البيع فيه والمشترى بالخيار ان شاء أخذ نصف ما فى يد البائع بحصته من الثمن وان شاء ترك وان استحق نصف البائع بطل البيع فيه والمشترى بالخيار ان شاء أخذ النصف من النصف الذى صار له بالحصة من الثمن وان شاء ترك ولو لم يستحق شيأ حتى باع المشترى النصف الذى صار له ثم استحق النصف الذى صار للمشترى يبطل البيع فيه وكان للمشترى ان يأخذ نصف ما باع البائع ويبطل البيع فى نصفه وكذا ان باع كل واحد منهما نصيبه ثم استحق أحد النصيبين فالجواب فيه كالجواب فيما باع أحدهما وهذا كله على قياس قول أبى يوسف وزفر رحمهما الله تعالى وبه أخذ الحسن قال وفى قول أبى حنيفة أى النصفين استحق جاز البيع فى الآخر وله أن يبيع من الذى اشتراها منه قبل القبض ومن الاجنبى وفى المنتقى عن أبى يوسف اذا اشترى رجل من أحد الورثة بعض نصيبه ثم حضرا يعنى الوارث والمشترى وطلبا القسمة فالقاضى لا يقسم بينهما حتى يحضر وارث آخر غير البائع ولو اشترى منه نصيبه ثم ورث البائع شيأ بعد ذلك أو اشترى لم يكن خصما للمشترى فى نصيبه الاول فى الدار حتى يحضر وارث آخر غيره ولو حضر المشترى من الوارث ووارث آخر وغاب الوارث والبائع وأقام المشترى البينة على شرائه وقبضه وعلى الدار وعدد الورثة فان هذا على وجهين أحدهما ان كانت الدار فى أيدى الورثة ولم يقبض المشترى لم تقبل بينة المشترى على

الشراء من الغائب وان كان المشترى قبض وسكن الدار معهم ثم طلب القسمة هو و وارث آخر غير البائع فاقام البينة على ماذكرنا
فى القاضى يقسم الدار وكذلك ان طلبت الورثة القسمة دون المشترى فالقاضى يقسم الدار بينهم بطلبهم وجعل نصيب الغائب
فى يد المشترى ولا يقضى بالشراء وان لم يكن المشترى قبض الدار عزل نصيب الوارث الغائب ولا يدفع الى المشترى وان كان
المشترى هو الذى طلب القسمة وأبى الورثة لم أقسم لانى لا أعلم مالكل ولا أقبل بينة على الشراء والبائع غائب وفيه أيضا عن أبى
يوسف دار بين رجلين باع أحدهما نصيبه وهو مشاع من رجل ثم ان المشترى أمر البائع ان يقاسم صاحب الدار ويقبض نصيبه
فقاسمه لم تجز القسمة واذا كان بين رجلين دار ونصف دار اقتسما على ان يأخذ أحدهما الدار ويأخذ الآخر نصف الدار جاز
وان كان الدار أقل قيمة من نصف الدار قال رحمه الله ﴿وقسم القاضى بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه﴾ لان فيه تكميل
المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة وكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضى اجابتهم قال فى العناية يعنى
يقسم جبرا ومراده اذا كان من جنس واحد لان فيه معنى الافرار لتفاوت المقاصد قال رحمه الله ﴿وان تضرر الكل لم يقسم
الا برضاهم﴾ وذلك كما لو طلبوا قسمة البئر والرحى والحائط والحمام لان القسمة لتكميل المنفعة وفى قسمة هذا تفويت فيعود
على موضعه بالنقض ولان الطالب للقسمة متعنت ويريد ادخال الضرر على غيره فلا يجيبه الحاكم الى ذلك لانه اشتغال بما
لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضى لان الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم لكن القاضى لا يباشر ذلك وان طلبوه منه لان القاضى
لا يشتغل بما لا فائدة فيه لاسيما اذا كان فيه اضرار واضاعة مال لان ذلك حرام ولا يمنعهم منه اه كلام الشارح لكن ظاهر
المتن ان القاضى يقسم عند رضاهم وفى الينابيع والذخيرة ذكر شيخ الاسلام ان القاضى لا يقسم وبعض المشايخ قال يقسم
فظهر ان فى المسئلة روايتين قال رحمه الله ﴿وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذى الكثير فقط﴾ يعنى
يقسم بطلب صاحب الكثير كذا ذكره صاحب الخصاف ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضى ان يخصه بالانتفاع بملكه
ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف فان له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضى
أن يجيبه الى ذلك ولا يعتبر ضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك ولو طلب صاحب القليل مع انه لا ينتفع بحقه
مع أنه متعنت فى طلب القسمة فلا يشتغل القاضى بما لا يفيد وذكر الجصاص انه ان طلب صاحب القليل قسم وان طلب صاحب
الكثير لا يقسم وذكر الحاكم أيهم طلب القسمة يقسم القاضى والاصح ماذكر الخصاف لان القاضى يجب عليه ايصال الحق
الى مستحقه ولا يلزمه ان يجيبهم الى اضرار أنفسهم ولم يتعرض المؤلف لما اذا كان كل واحد منهم لا ينتفع قال فى المبسوط بيت
بين رجلين أراد أحدهما القسمة وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع به واحد منهما لا يجبرهما القاضى الى ذلك والاصح أنه لا يقسم
الا اذا طلب صاحب الكثير خاصة ومنهم من صحح ماذكره الحاكم والاول أصح اه قال رحمه الله ﴿ويقسم العروض من
جنس واحد﴾ لان اعتبار المبادلة فى المنفعة المالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضى
الاجبار عليهما قال رحمه الله ﴿ولا يقسم الجنسين والجواهر﴾ أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع
معاوضة فيعمل التراضى دون جبر القاضى ولهذا قيد بالتراضى وأما الجواهر فلان جهالتها متفاحشة ألا ترى أنه لا يصلح غير المعين
منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل ان
اختلف جنسهما لا يقسم وان اتحد يقسم كسائر الاجناس وفى العتابية والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة مختلفة الجنس
فلا يقسمها جبرا وكذلك الأثواب المتخذة من القطن والكتان اذا اختلف بالصنعة كالقباء والجبة والقميص كذلك وفى
مختصر خواهر زاده ولا يقسم السرج ولا الفرس ولا المصحف وفى التجريد ولو أوصى لهما بصوف على ظهر غنم أو لبن فى ضرع
أو بما فى بطون الغنم لا يقسم قبل الجز والحلب والولادة وفى الخانية اذا كان بين رجلين ثوب مخيط لا يقسم القاضى بينهم ولو غير
مخيط فاقتسماها طولا أو عرضا جازت القسمة قال رحمه الله ﴿والرقيق والحمام والبئر والرحى الا برضاهم﴾ أما الرقيق فالمذكور هنا
قول الامام وعندهما يجوز لاتحاد الجنس والتفاوت فى الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما فى الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق فى الغنيمة
بين الغانمين وللامام ان التفاوت بينهما فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع
بهما لا يختلف الاشيأ يسيرا وذلك مغتفر فى القسمة ألا ترى ان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان ومن الحيوانات جنس

واحد فلا يجوز القياس وقسمة الغنائم تجرى فى الاجناس فلا تلزم وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط أو اناث فقط وأما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث من بنى آدم جنسان لاختلاف المقاصد وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضى بطلب البعض وكم من شئ يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا وأما الحمام والبئر والرحى فلما ذكر من الحاق الضرر بالكل ولو اقتسما الحمام أو البئر بانفسهم جاز ولكل واحد نوع منفعة بان يتخذ نصيبه من الحمام بيتا وان طلبا جميعا القسمة من القاضى هل يقسم فيه روايتان فى رواية لا يقسم لانها تضمنت تفويت منفعة وليس للقاضى ذلك لانه يكون سفها يمكنه وفى رواية يقسم لانهم رضوا بذلك واليه أشار فى الكتاب لانه فيه نوع منفعة كذا فى المحيط وفى التتارخانية واذا كانت قناة أو بئر أو نهر وليس معه أرض فاراد بعض الشركاء القسمة فانها لا تقسم واذا كانت أرض لها شرب قسم الارض وترك الشرب والقناة والبئر كالشركة وفى الخلاصة ولكل منهما شرب فان كان يقدر كل واحد منهما ان يجعل أرضه شربا من موضع آخر قسم ذلك كله فيما بينهم وفى الاصل لو كانت أنهارا وآبار الارض مختلفة قسم الآبار والعيون والاراضى اهـ وفى النوادر ولو قسم البئر بالحبال جاز لان التفاوت فيها قليل اهـ قال رحمه الله ﴿دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل على حدة﴾ أما الدور المشتركة فالمذكور ههنا قول الامام وقالا تقسم الدور بعضها فى بعض اذا كانت فى مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لانهم جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى جنسان نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت السكنى واذا قسم كل دار على حدة تضرر بما يتضرر لقلة نصيبه وللامام ان الدور أجناس مختلفة لاختلاف المقصود باعتبار المحال والجيران والقرب من المسجد فكان اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل فى القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد فى دار الا بالتراضى والابل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع بين الاجناس كما ذكرنا بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والساحة كالدور لانه بين البيت والدار فاخذ حظه من كل واحد منهما والدور فى مصرين لا تقسم بالاجماع وأما الدور والضيعة والدار والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف وفى رواية الاصل ما يشير الى انه يجوز اهـ قال رحمه الله ﴿ويصور القاسم ما يقسمه﴾ أى يكتب على قرطاس ليمكنه حفظه قال فى العناية يكتب أن نصيب فلان كذا وفلان كذا ان أرادوا رفع تلك الكاغدة الى القاضى ليتولى الاقراع بينهم بنفسه قال رحمه الله ﴿ويعدله﴾ أى يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله حتى يقطعه بالقسمة عن غيره قال رحمه الله ﴿ويذرعه ويقوم البناء﴾ لان قدر الساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولابد من معرفتها ليمكنه التسوية فى المالية ولابد من ذرع الارض وتقويم البناء قال رحمه ﴿ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه﴾ لان القسمة تكميل المنفعة وبه يكمل لانه اذا لم يفرز يبقى نصيب بعضهم متعلقا بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الافضل فاذا لم يفرزه أولم يمكن جاز قال رحمه الله ﴿ويلقب الانصباء بالاول والثانى والثالث ويكتب أسماءهم ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى﴾ والقرعة لتطييب قلوبهم فلو أقسم الامام بلا قرعة جاز لانه فى معنى القضاء فيملك الالزام فيه وكيفيته أن ينظر الى أقل الانصباء فيقدر به آخر السهام حتى اذا كان العقار بين ثلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس جعلها أسداسا لانه أقل الانصباء فيكتب أسماء الشركاء فى بطاقات ويجعلها شبه البندقة ثم يخرجها حتى اذا نشفت وهى مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها فى كمه أو وعاء فيخرجها واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى ومن خرج ثالثا فله السهم الثالث الى أن ينتهى الى الاخير فان خرج أولا فى المثال الذى ذكرناه اسم صاحب النصف فان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان له كذلك من الجانب الذى يلى الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الجانب الذى يلى الثانى وعلى هذا كل واحد منهم لا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام ولهذا لم يجز علماؤنا استعمالها فى دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق والمطلقة لانا نقول لا يحصل الاستحقاق لان الاستحقاق كان ثابتا قبله وكان للقاضى ولاية الزام كل واحد منهم وانما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به مالم يكن لهم قبل لامثل هذه بل هذه مشروعة كما أخبر الله سبحانه وتعالى عن يونس وزكريا عليهم الصلاة والسلام كما قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل الآية وقوله تعالى فساهم فكان من المدحضين الآية ولقائل أن يقول بين أول كلامهم وآخره تدافع لانهم صرحوا أولا بان مشروعية

استعمال

استعمال القرعة هنا جواب استحسان والقياس يأبى ذلك وقالوا آخرا ان هذا ليس بقمار و بينوا الفرق بينه و بين القمار وذكروا له نظائر فى الكتاب والسنة فقد دل على انه لا يأباه القياس أصلا بل هو يقتضيه القياس أيضا فتدافعا اهـ قال رحمه الله ﴿ولا تدخل فى القسمة الدراهم الا برضاهم﴾ يعنى جماعة فى أيديهم عقار فطلبوا القسمة وفى أحد الجانبين فضل عن الآخر فأراد أحدهم ان يدفع عوضه من الدراهم والآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم فى القسمة لانه لا شريك له فيها و يفوت به التعديل فى القسمة لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك فى الحال ودراهم الآخر فى الذمة فيخشى عليها التوى واذا كان أرض و بناء فعن الثانى انه يقسم باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم لان تعديل البناء لا يمكن الا بالمساحة والمساحة هى الاصل فى الممسوحات ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه قيمة البناء أو من كان أجود دراهم على الآخر فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له فى المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقى فضل ولم يمكن تحقيق التسوية فيه بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ ترد الدراهم لان الضرورة فى هذا القدر فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة وهذا يوافق رواية الاصل وفى المحيط ولو رفع القسمة على أن يزيد أحدهما شيأ معلوما فلا يخلو اما أن يكون المشروط دراهم أو دنانير أو مكيلا أو موزونا أو عروضا أو حيوانا فان كان المشروط دراهم معلومة جاز بأن كانت مشروطة لتعديل الانصباء فيجوز بالتراضى وان كانت الزيادة مشروطة لتقع القسمة على المفاضلة فيكون بيعا من كل وجه وهو جائز بتراضيهما وان كانت الزيادة مكيلا أو موزونا ولم يسم مكان الايفاء لم تجز عند الامام وعندهما تجوز و يسلمها عند الدار كما فى السلم وان كانت الزيادة عروضا يجوز السلم فيها كالثوب جاز مؤجلا ولا يجوز حالا وان كان عروضا لا يجوز السلم فيه ٧ وان كان حيوانا بعينه جاز و بغير عينه لا يجوز ثلاثة بينهم دور صغرى وكبرى فأخذ أحدهم الكبرى على أن يرد على الآخرين دراهم مسماة جاز وكذلك لو أخذ الكبرى بنصيبين والصغرى بنصيب جاز ولو اقتسموا الباب على ان من أصابه هذا رد درهما ومن أصابه هذا رد درهمين جاز ولو اقتسموا الاراضى على ان من أصابه شجر ونبت فى أرضه فعليه بقيمته دراهم جاز ولو اقتسما على أن لاحدهما الصامت وللآخر العروض والنحاس والدين على انه ان بقى عليه شئ من الدين يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة اهـ قال رحمه الله ﴿وان قسم ولاحدهم مسيل أو طريق فى ملك الآخر لم يشترط فى القسمة صرف عنه ان أمكن والا فسخت القسمة﴾ لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق الغير فاذا أمكن حصل المقصود والا لم يحصل فتعين الفسخ والاستئناف لنفى ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد فيما اذا لم يتمكن المشترى من الاستطراق ومن مسيل طريق الماء لان المقصود ملك الرقبة ولا يشترط فيه الانتفاع فى الحال ولا كذلك القسمة ولو ذكر الحقوق فى الوجه الاول وهو ما اذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما اذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه ان أمكن كما تقدم الا اذا قال خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لانه اثبت له بابلغ وجوه الاثبات بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص واختلفوا فى ادخال الطريق فى القسمة بأن قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة ينظر فيه الحاكم فان كان يستقيم ان يفتح كل فى نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا فى مقدار عرضه يجعل على قدر عرض الباب بطوله أى ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا فى نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه وفى هذا القدر كفاية فى الدخول ولو شرطوا أن يكون الطريق فى الدار على التفاوت جاز وان سهامهم فى الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضى فى غير الاموال الربوية جائزة وان كان ذلك أرضا يرفع قدر ما يمر به ثور لوقوع الكفاية به فى المرور ولم يذكر حكمه فيما اذا لم يكن له طريق وفى المحيط ولو اقتسموا دارا فاذا لا طريق لاحدهم وقدر على أن يفتح فى نصيبه طريقا يمر فيه الرجل دون الجولة جازت القسمة لانها لم تتضمن تفويت منفعة وان لم يقدر ينظر ان لم يعلم انه لا طريق له فالقسمة فاسدة وان علم انه لا طريق له جازت القسمة لانه رضى بهذه القسمة دار فى سكة غير نافذة اقتسموها على ان يفتح كل واحد بابا الى السكة جاز ولا يمنعون منه لانهم تصرفوا فى خالص حقهم وهو الجدار ولا ضرر على غيرهم فى ذلك مقصورة بين قوم طريقها فى دار الآخر فاقتسموها فليس لكل واحد أن

يفتح بابا من المقصورة الى الدار وانما لهم طريق على مقدار الباب ولا يكون لهم حق المرور فيما سوى الطريق وان كان بجنب المقصورة دار لهم وقعت فى قسمة رجل فأراد أحدهم أن يجعل الطريق الى داره فى هذه المقصورة لم يكن له ذلك طريق مشترك بين جماعة ليس لواحد منهم أن يفتح بابا لدار أخرى لاحق لها فى هذه الطريق ولو اقتسموا قرية فأصاب أحدهم قراح والآخر كرم والآخر بيوت جاز بتراضيهم واذا اقتسما كرما وفيه عنب وثمر ينظر ان قالا على ان النصف لفلان بكل قليل وكثير وما فيه من الاعشاب والثمار فهى مقسومة والا فهى على الشركة بينهما دار وفيها طريق لآخر لا يمنعها عن قسمتها او يترك طريقه على عرض الباب العظمى فان باعوا الدار والطريق برضاهم ضرب صاحب الدار على مثلى ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان الطريق بينهم اثلاثا اذا لم يعلم قدر الانصباء فيكون الثمن بينهم اثلاثا وكذا اذا كان رقبة الطريق لاثنين وللآخر حق المرور ومن مات منهم وتعددت ورثته اعتبر حقه كحق واحد وان لم يعرف ان الدار ميراث بينهما فالطريق على عدد الرؤس وقسمة الطريق على عدد الرؤس ولو كان فيها طريق من ناحية وطريق لآخر من ناحية أخرى يعزل لهما طريق واحدة والطريق الواحد يكفى للمرور ولو اقتسموا دارا وفيها كنيف شارع الى الطريق أو ظلة لم يحسب فى ذرع الدار لان الظلة والكنيف ليس لهما حق القرار على طريق العامة بل مستحق النقض ومستحق النقض كالمنقوض ولكنهما يقومان على من وقعا فى حيزه ولا يحسبان فى ذرعان الدار بعد قسمه الوالى ترك طريقا للعامة فرأى الوالى بعد ذلك أن يعطى الطريق لواحد فينتفع بها ولا يضر باهل الطريق جاز ان كانت المدينة له وان كانت للمسلمين لم يجز اه قال رحمه الله ﴿سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل على حدة وقسم بالقيمة﴾ وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال الامام والثانى يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هى الاصل فى المذروع والكلام فيه والعبرة بالتسوية فى أصل السكنى كما فى المرافق قال فى العناية وصورتها علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل فى دار واحد أو فى دارين قيد نا بهذا لئلا يقال قسمة العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند الامام لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والاصطبل والسرداب وغيره فصارا كالجنسين فلا يمكنه التعديل الا بالقسمة وكيفية القسمة على قول الامام ذراع سفل بذراعين من العلو وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل أجاب كل منهما على عادة أهل عصره وقيل هو اختلاف حجة بينهم قال الامام اصاحب السفل منافع كثيرة واصاحب العلو منفعة واحدة وهى منفعة السكنى وأبو يوسف قال هما سواء فى الانتفاع وتفسير المسئلة على قول الامام أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل فثلاثة وثلاثون وثلث من العلو الكامل فى مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من السفل الكامل فى مقابلة ست وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة و يجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستين وثلثى ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من العلو الكامل فى مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول الامام أبى يوسف أن يجعل بمقابلة شئ من السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل و يقابل نصف العلو بنصف السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بمقابلة شئ من السفل المجرد قدره من العلو المجرد وقال محمد يقسم على قيمة السفل والعلو فان كان قيمتهما على السواء يحسب ذراع بذراع وان كان قيمة أحدهما أعلى من الآخر يحسب الذى قيمته أعلى على النصف ذراع بذراعين من الآخر حتى يستويا فى القيمة وفى الذخيرة فان قيل كيف يقسم العلو من السفل قسمة واحدة عند الامام ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة ان لم تكن فى دار واحدة قلنا موضوع المسئلة انهما كانا فى دار واحدة والبنيان فى دار واحدة وانما يقسم عند الامام رضى الله تعالى عنه وان كانا فى دارين بطريق التراضى فلهذا قيد فى النهاية بما سبق وعلم من قوله قوم كل على حدة ان البناء لا يقسم بالذراع قال وان قسما دارا فانه يقسم العرصة بالذراع و يقسم البناء بالقيمة ثم هذا على ثلاثة أوجه فتارة يقسما الارض نصفين و يشترطا ان من وقع البناء فى نصيبه يعطى لصاحبه نصف قيمة البناء وقيمة البناء معلومة أو اقتسموا ذلك وقيمة البناء غير معلومة بان اقتسموا الارض ولم يقتسموا البناء فان اقتسموا الارض وشرطا فى البناء كما تقدم فيكون بيعا مشروطا فى القسمة وهذا البيع من ضرورات القسمة فيكون له حكم القسمة فيجوز وان لم تعرف قيمة البناء واقتسموا كذلك جاز استحسانا و يفسد قياسا لجهالة ثمن البناء وجه الاستحسان ان القسمة لاقت العرصة ولا جهالة فيها ومن وقع فى نصيبه يتملك على صاحب نصف البناء

القيمة

القيمة فيهاضرورة وان اقتسما الارض ولم يقتسما البناء جازت القسمة ثم يتملك من وقع البناء فى نصيبه نصف البناء بالقيمة لانه لاوجه لابقاء البناء مشتركا لان صاحب الارض يتضرر به ولاوجه لدفع الضرر الا بتملك الارض وتملك البناء بالقيمة لانه أقل ضررا من تملك الارض بالقيمة من غير رضا صاحبها كالغاصب اذا صبغ الثوب يتملك صاحب الثوب الصبغ دون صاحب الصبغ كذا فى المحيط هذا اذا اقتسما الارض فلو وقع القسم فى الارض لواحد والبناء لآخر قال دار بين رجلين فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الارض والآخر البناء ولاشئ له من الارض فهذا على ستة أوجه اذا شرطا فى القسمة على أن من له البناء يكون مشتريا نصيب صاحبه من البناء بما تركه على صاحبه من الارض فان سكتا عن القلع أو شرطا ذلك جازت القسمة وان شرطا الترك فالقسمة فاسدة كذا فى الكافى وفى الذخيرة يجب بأن يعلم ان الملك لايقع لواحد من الشركاء بنفس القسمة بل يتوقف ذلك على أحد معان اما القبض أو قضاء القاضى أو الفرقة اهـ وفى المحيط أرض ودار بين اثنين فاحدهما أخذ الدار والآخر الارض على أن يرد صاحب الارض عليه عبدا قيمته ألف وقيمة الدار ألف وقيمة الارض ألفان فباع صاحب الدار داره فاستحق علو بيت والبيت والعلو عشر الدار يرجع المشترى على البائع بنصف عشر الدار ومسك الباقى فان صاحب الدار يرجع بستة عشر درهما وثلثى درهم من قيمة الارض على صاحب الارض عند الامام وقال أبو يوسف يرجع بذلك فى رقبتها قال رحمه الله ﴿وتقبل شهادة القاسمين ان اختلفوا﴾ يعنى اذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان انه استوفى نصيبه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضى أو غيره وهذا عند الامام والثانى وقال محمد لاتقبل وهو قول الثانى أولا وبه قال الشافعى وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد انهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده على فعل فلان فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما الان فعلهما التمييز لاغير ولاحاجة الى الشهادة على التمييز وقال الطحاوى ان قسما بالاجرة لاتقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل قلنا هما لم يجرا بهذه الشهادة الى أنفسهما نفعا لان الاخصام يوافقاهما على ايفاء العمل وهو التمييز وانما الخلاف فى الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لاتقبل شهادته لان شهادة الفرد غير مقبولة ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال فيقبل قول الامين فى دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل فى الزام الآخر اذا كان منكرا قال رحمه الله ﴿ولو ادعى أحدهم ان من نصيبه شيأ فى يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لايصدق الا ببينة﴾ لان القسمة من العقود اللازمة والمدعى للغلط يدعى حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة استحلف الشركاء لانهم لو أقروا بذلك فاذا أنكروا حلفوا عليه ولقائل أن يقول لو صح هذا الدليل لوجب تحليف المقر له اذا ادعى المقر انه كذب فى اقراره مع انه لايحلف عند الامام ومحمد الجواب أن يقال ان هذا اذا أقر المقر له أن المقر كذب فى اقراره فلو لم يقر المقر له انه كذب فى اقراره لزمه ذلك ولا يظهر فيه أنه لو أنكر استحلف كما لو قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر كان مصدقا فى اقراره فافترقا ومن حلف منهم لم يكن عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب الآخر المدعى فيقسم على قدر حقوقهما فيه قالوا وينبغى أن لاتقبل دعواه أصلا لانه متناقض واليه أشار من بعد حيث شرط التحالف ان لم يشهد على نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك الى انه لو أشهد على نفسه بذلك لايتحالفان لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا امتنع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية بعد ان نقل ما نقل صاحب الهداية وينبغى الى آخره وفى المبسوط وقاضيخان مايؤيد هذا اهـ قال وأما مالايوجب التحالف ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وهو ما اذا أقر كل واحد منهما بالاستيفاء ثم ادعى أحدهما على الآخر انه غصب شيأ من نصيبه الى آخر ماذكرناه أولا قال وهكذا المكيل والموزون والمذروعات الاأن يكون فى المكيل والموزون متى ثبت الغلط بالبينة لاتعاد القسمة بل يقسم الباقى على قدر حقهم لانه لاضرر فى قسمة الباقى فامافى الاشياء المتفاوتة تعاد القسمة ولايقسم الباقى وفى التجريد والاصل وأما دعوى الغلط فى مقدار الواجب بالقسمة وهو نوعان نوع يوجب التحالف ونوع لايوجب التحالف فالذى يوجب التحالف أن يدعى أحدهما غلطا فى القسمة على وجه لايكون مدعيا للغصب بدعوى الغلط كأنه شاة بين رجلين اقتسماها ثم قال أحدهما لصاحبه أصابك خمس وخمسون غلطا وأنا خمس وأربعون ولم تقم لواحد منهما بينة وهذا كله اذا لم يسبق منهما اقرار بالاستيفاء أما اذا سبق منهما اقرار بالاستيفاء لم تسمع الامن حيث دعوى الغصب وهى التى لاتوجب التحالف اهـ قال رحمه الله ﴿وان قال استوفيت وأخذت بعضه كان القول قول الخصم

مع اليمين﴾ لانه يدعى عليه الغصب وهو ينكر والقول قول المنكر قال ولو اقتسما مائة شاة وقبضا ثم ادعى أحدهما على صاحبه أنك أخذت خمسة من نصيبى غلطا وأنكر الآخر وقال اقتسمنا على أن يكون لى خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون فالقول قوله مع يمينه لان القسمة قد تمت ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه أخذ خمسة غلطا وأنكر الآخر فان قامت بينة عمل بها والا استحلف المدعى عليه كذا فى المحيط ففى المسئلة الاولى هو مدعى الاخذ بطريق الغصب وفى هذه الاخذ بطريق الغلط فافترقا قال رحمه الله ﴿وان لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم الىّ وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة﴾ لان الاختلاف فيما يحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى البيع والثمن اهـ ولا يخفى أنه يبدأ بيمين أيهما شاء ولقائل أن يقول التحالف فى البيع فيما اذا كان قبل القبض على وفاق القياس كما علم فى محله وأما بعد القبض فمخالف للقياس لان أحدهما لا يدعى على الآخر شيأ حتى ينكره الآخر فيحلف عليه والآخر يدعى ولكنا عرفناه فى البيع بالنص وفيما نحن فيه التحالف مخالف للقياس لان كلا منهما ليس مدعيا وهو وارد فى البيع بعد القبض على خلاف القياس وقد تقرر أن ما ورد على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس ولا يمكن الحاقه بطريق دلالة النص لان القسمة ليست فى معنى البيع من وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا فليتأمل فى الجواب قال فان أراد أحدهما القسمة بعد التحالف فليس له ذلك لانه لا يمكن لانها لا تكون الا بالقرعة وقد يقع نصيب أحدهما فى جانب الآخر فيتضرر وقال فى موضع آخر ولو أقام أحدهما بينة عمل بها ولو أقاما بينة عمل بالبينة التى هى أكثر اثباتا كذا فى المحيط وقيد أيضا قسم القسام الدار فأعطى أحدهم أكثر من حقه غلطا وبنى فيها فانهم يستقبلون القسمة فان وقع البناء فى قسم غيره دفع نقضه ولا يرجع على القاسم بقيمة البناء ويرجعون عليه بالأجر الذى أخذه واذا اقتسما دورا وأخذ أحدهما دارا والآخر أخرى ثم ادعى أحدهما غلطا وجاء بالبينة فانه ينقض القسمة اهـ قال رحمه الله ﴿ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة تفسخ﴾ وهذا اذا كانت بقضاء القاضى فظاهر لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر وأما اذا كان بالتراضى فقد قيل لا يلتفت الى قول مدعيه لان دعوى الغبن لا تعتبر فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى وفيه يفسخ هو الصحيح ذكره فى الكافى وفى العناية وهو الصحيح وعليه الفتوى واذا اقتسما دارا وأصاب كل واحد منهما جانبا وادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة وان أقاما البينة فبينة المدعى مقدمة لانه الخارج وان كان قبل الاشهاد تحالفا وتفسخ ولو اختلفا فى الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد منهما بالجزء الذى فى يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج مقدمة وان أقام أحدهما بينة يقضى بها وان لم يقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادّا كما فى البيع قال دعوى الغلط فى القسمة نوعان ما يصح وما لا يصح وما يصح نوعان ما يوجب التحالف وما لا يوجب التحالف أما ما لا يصح وهو أن يدعى أحدهم الغلط فى التقويم بغبن يسير وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين ولا تعاد القسمة به لانه لا يمكن الاحتراز عنه والذى يصح فيه الدعوى هو أن يدعى الغلط بغبن فاحش وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين كذا فى المحيط اهـ قال رحمه الله ﴿ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه فى حظ شريكه ولا تفسخ القسمة﴾ وهذا عند الامام وظاهر عبارة المؤلف أن هذا محتم لكن قال فى العناية ان شاء رجع بذلك الى نصيب صاحبه وان شاء ردّ ما بقى واقتسما ثانيا عند الامام وقوله بقسطه يعنى لو كان قيمة نصيبه ستمائة وقيمة الآخر مثله فاستحق نصف ما فى يده رجع بنصف النصف وهو الربع وهو مائة وخمسون وقال الثانى تفسخ كذا ذكر الاختلاف فى الجزء الشائع فى الاسرار وغيره قيد بالشائع يحترز عن المعين وذكر القدورى اذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه فالصحيح أن الاختلاف فى الشائع وفى استحقاق البعض المعين لا تفسخ بالاجماع ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاجماع فهذه ثلاثة أوجه ومحمد مع الامام فيما حكاه أبو حفص ومع الثانى فيما حكاه أبو سليمان والاول أصح للثانى أن بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدونه لا تصح فصار كما لو استحق بعض الشائع فى الكل بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقى مقررا على حاله ليس للغير فيه حق ولهما أن المقصود بالقسمة التمييز والافراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة فى الابتداء على هذا الوجه بان كان البعض المتقدم مشتركا بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين فاقتسم الاثنان على أن لاحدهما ما لهما من المقدم وللآخر المؤخر أو اقتسما على أن لاحدهما ما لهما من المقدم وبعض المؤخر مفرزا يجوز فكذا هذا بخلاف استحقاق الشائع فى الكل لان معنى الافراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض ولو استحق نصيب أحدهم كله يرجع به على الشركاء ولو باع بعضهم بفضل نصيبه شائعا ثم استحق بعض ما بقى شائعا كان له أن يرجع على الشركاء

بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض وعند أبي يوسف يرجع على ما في أيديهم بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك وينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو قسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت فان قضوه صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمتنع وقوع الملك لهم الا اذا قضوا الدين أو أبرأهم الغرماء فيصح لزوال المانع ولو كان الدين مستغرقا ٧ فكذا الجواب الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الحاجة ولو ادعى أحد المتقاسمين للتركة دينا في التركة صح دعواه ولا تناقض لان الدين يتعلق بالذمة والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عيبا بأي سبب كان لم تسمع دعواه لان الاقدام على الشركة اعتراف بان المقسوم مشترك قال ولو كان بينهما مائة شاة أخذ أحدهما أربعين قيمتها خمسمائة والآخر ستين قيمتها خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين قيمتها عشرة فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين ولا خيار له في نقض القسمة عند الامام بخلاف الارض وان كان بينهما أربعون قفيزا ثلاثون رديئة أخذها وعشرة جيدة أخذها الآخر لم يجز فان أخذ العشرة الجيدة وثوبا جاز لان الزائد في مقابلة الثوب فان استحق من الثلاثين عشرة رجع عليه بنصف الثوب وفي الزيادات يرجع عليه بثلث الثوب وقفيز وثلثي قفيز قيل هذا قياس والاول استحسان كذا في المحيط وفي المنتقى ويستوي في هذا الحكم ما اذا وقعت القسمة بالقضاء أو بالرضا اه وفي السراجية دار بين اثنين اقتسماها نصفين وبنى كل واحد في نصيبه ثم استحقت لم يرجع واحد منهما على صاحبه بقيمة البناء وفي المحيط دار وأرض فيها القسمة فاذا بنى أحدهما أو غرس ثم استحق أحد النصيبين لم يرجع بقيمة البناء والغرس على الآخر لانه لم يصر مغرورا من جهته هذا اذا كانت القسمة لو امتنع أحدهما يجبر فلو كانت القسمة لو امتنع أحدهما لم يجبر كقسمة الاجناس المختلفة يرجع بقيمة البناء عند الاستحقاق لان كل واحد منهما مغرور من جهة صاحبه لانه ضمن له سلامة نصيبه وفي التجريد وكل قسمة وقعت باختيار القاضي أو اختيارهما على الوجه المذكور يخيرهما القاضي عليه اذا بنى أحدهما بناء أو غرس ثم استحق أحد النصيبين لم يرجع بقيمة البناء والغرس على الآخر اه قال رحمه الله ﴿ولو تهايآ في سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح﴾ يحتاج الى تفسيرها لغة وشرعا وشرطها وصفتها ودليلها وحكمها أما دليلها فقوله تعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ومن السنة فما روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتناوبون في الركوب واجتمعت الامة على جوازها ولأن التهايؤ قسمة المنافع فيصار اليها لتكميل المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة فكان التهايؤ هنا جمعا للمنافع في زمان واحد وتفسيرها لغة فهي مأخوذة من التهيؤ وهو أن يهيئ كل واحد منهما لصاحبه ما شرط له وفي الشارح هي مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للتهيؤ للشيء وابدال الهمزة ألفا فيها والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتوافقوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وأما تفسيرها شرعا فهي مبادلة معنى وليست بافراز من كل وجه لانها لا تجري في المثليات كالمكيل والموزون وأما شرطها أن تكون العين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وصفتها أنها واجبة اذا طلبها بعض الشركاء ولم يطلب الشريك الآخر قسمة الاصل وقد تكون بالزمان وقد تكون بالمكان وتكلم العلماء فقالوا ان جرت في الجنس الواحد والمنفعة متساوية أو تفاوتت تفاوتا يسيرا فهي افراز وان جرت في الجنس المختلف كالدار والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهم وفي الكافي ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما اه ولو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه أبلغ ولو وقع التهايؤ فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم ويبطل التهايؤ لانه أبلغ أما اذا تهايآ في سكنى دار واحدة على أن يسكن أحدهما بعضها والآخر البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل جازت لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا التهايؤ وهو افراز لا مبادلة لانها لا تجوز في الجنس الواحد الربوي وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه ولا يخفى أن كلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن تكون افرازا في الكل أو عارية في البعض والعارية غير لازمة والمهايأة لازمة فان قيل جمع المنافع الشائعة في السن في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر فكيف يمكن القاضي جمعها فالجواب أن المراد ليس للقاضي أن يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد أن القاضي يعتبرهما جميعا ضرورة اه والاوجه أنه افراز من كل وجه في التهايؤ في المكان ولهذا لا يشترط التأقيت وفي المهايأة في الزمان افراز من كل وجه ولو أشغل أحدهما

نصيبه جاز شرط فى المهايأة أولم يشترط لانه يجوز المهايأة فى الاشتغال حال الانفراد فيجوز تبعا للمهايأة فى السكنى كذا فى المحيط ولو تهايآ فى دارين جاز ويجبر الآبى عنها ويعتبر افرازا كالاعيان المتفاوتة فلو وضع أحدهما فى داره شيأ أو ربط فيها دابة فعثر به انسان ومات لا يضمن ولو بنى أو حفر فيها بئرا ضمن لان الاول من مرافق السكنى حتى يملكه المستعير فلا يكون متعديا فى نصيب شريكه فلا يضمن وفى البناء والحفر يكون متعديا فى مقدار نصيب شريكه فيضمن ولا يضمن مقدار نصيبه ولو تهايآ فى دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا أو يؤجرها وان زادت غلة أحدهما لا يشارك الآخر فى الفضل والفرق ان فى الدارين أمكن تصحيح قسمة المنفعة حقيقة ولو تهايآ فى الزمان فى الخدمة عبدا جاز لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ فى المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمرهم القاضى بالاتفاق فان اختاروا من حيث الزمان يقرع فى البداية تطييبا للقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايآ فى عبدين على الخدمة جاز أما عندهما فظاهر لان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة وأما عند الامام فروى عنه انها لا تجوز الا بالتراضى لان قسمة الرقيق لا يجرى فيها الجبر عنده فكذا المهايأة والاصح ان القاضى يهايؤ بينهما جبرا بطلب أحدهما لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تهايآ على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا لان العادة جرت بالتسامح فيها بخلاف كسوة المماليك لانها لا تسامح فيها عادة وقيد بقوله خدمة عبد لانه لا يجوز التهايؤ فى غلة عبد واحد كذا فى المحيط وقيد بقوله خدمة عبدين لانهما لو تهايآ فى غلتهما لم يجز عند الامام وعندهما يجوز اذا استوت الغلتان لهما ان تفاوت العبدين فى الغلة يسير فيجوز عند الاستواء بخلاف العبد الواحد فانها فاحشة فان العبد المستأجر فى الشهر الاول لا يستأجر فى الشهر الثانى بمثل ما استؤجر فى الاول بل بزيادة وفى السراجية نخل بين شريكين اقتسما على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة ويثمرها جاز اهـ وفى المنتقى جاريتان بين رجلين تهايآ على ان ترضع هذه ابن هذه سنتين وترضع هذه ابن هذه سنتين جاز قالوا ولا يشبه هذا لبن البقر والابل وعلل فقال ألبان الانسان لا قيمة لها ولا تقسم وألبان البهائم تقسم ولها قيمة وفى الخانية رجلان تواضعا فى بقرة على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها كان باطلا ولا يحل فضل اللبن لاحدهما وان جعله صاحبه فى حل لان هذا هبة المشاع فيما يقسم الا أن يكون صاحب الفضل استهلك الفضل فاذا جعله صاحبه فى حل كان ابراء عن الضمان فيجوز اما حال قيام الفضل يكون هبة أو ابراء عن العين وهو باطل وفى الكافى غنم بين اثنين واتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يرعاها وينتفع بالبانها لم يجز والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشترى كلها بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن بالوزن المعلوم اهـ وفى الكافى ولو تهايآ فى مملوكين استخداما فمات أحدهما أو أبق انتقضت المهايأة بخلاف ما اذا استخدمه شهرا الا ثلاثة أيام لو أبق فيه ثلاثة أيام فانه ينتقض ولو أبق أحد الخادمين فى خدمة من شرط له الخادم أو انهدم الحائط فلا ضمان عليه اهـ ولو ولدت منه صارت أم ولد وانتقضت المهايأة كذا فى المحيط ولو كان بينهما عبد وأمة فتهايآ فيهما صح ذلك كذا فى الاصل والتهايؤ فى الركوب فى دابة واحدة لا يجوز عند الامام وعندهما يجوز وظاهر عبارة المؤلف انه يشترط لصحة التهايؤ اتحاد المنفعة وفى المحيط ما يخالفه قال فى المحيط ولو تهايآ فى دار ومملوك على أن يسكن هذا الدار سنة والآخر يخدمه العبد سنة جاز استحسانا اهـ قال رحمه الله ﴿وفى غلة عبد وعبدين أو بغل وبغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمر شجرة أو ابن شاة لا﴾ يعنى لا يجوز فى هذه الاشياء التهايؤ أما فى عبد واحد أو بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء فالظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ فى استغلال دار واحدة حيث يجوز فى ظاهر الرواية وقدمر بيانه ولو زادت غلة الدار فى نوبة أحدهما يشتركان فى الزيادة تحقيقا للمساواة بخلاف التهايؤ فى المنافع فتعتبر المعادلة فيها الا فى الغلة وبخلاف ما لو تهايآ فى الاستغلال فى الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان لان معنى الافراز راجح فى الدارين فلا تعتبر الغلة واما لو تهايآ فى استغلال عبدين أو بغلين فالمذكور هنا قول الامام وعندهما يجوز لامكان المعادلة فيها وللامام أن التهايؤ فى الخدمة جوز للضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة فى الغلة لانه يمكن قسمتها لانه عين مال ولانه يتغير بالاستغلال بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير فى العقار وجملة مسائل التهايؤ اثنا عشر مسئلة ففى استخدام عبد جائز بالاتفاق وكذا فى استخدام العبدين على الاصح وفى استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وكذا فى غلتها وكذا فى سكنى دارين وفى غلتهما خلاف والاظهر انه يجوز بالاتفاق وفى ركوب بغل أو بغلين على

الخلاف ولا يجوز في استغلال عبد واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف وأما التهايؤ في ثمر شجرة أو لبن غنم فانها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ لان التهايؤ في المنافع ضرورة بخلاف لبن بني آدم حيث يجوز التهايؤ فيه كما تقدم وتقدم بيان الحيلة في ذلك قال ولم يذكر في الكتاب المهايأة على لبس الثوبين قال بعض مشايخنا لا يجوز عند الامام خلافا لهما لان الناس يتفاوتون في اللبس تفاوتا فاحشا كذا في المحيط ولو كان عبدان بين رجلين غاب أحدهما فجاء أجنبي وقاسم الشريك وأخذ عبدا للغائب فقدم الغائب وأجاز فمات العبد في يد الأجنبي فلا ضمان عليه وان مات قبل الاجازة بطلت القسمة وللغائب نصف العبد الباقي وان شاء ضمن حصته في الميت لشريكه أو للاجنبي القابض كذا في الاصل ﴿فروع﴾ قال في نوادر ابن رستم اذا كان لاحدهما شجرة أغصانها مطلة على قسمة الآخر فله أن يطالبه بقطع أغصانه رواه عن محمد وروى ابن سماعة عن محمد ليس له ذلك وفي الذخيرة وبه يفتى واذا أراد أحدهما أن يرفع بناءه ويسد الريح والشمس على الآخر قال نصر بن يحيى وأبو القاسم الصفار لصاحبه أن يمنع من ذلك وقال في الفتاوى ليس له منعه وعليه الفتوى واذا أراد ان يجعل داره طاحونا أو مدقا للقصارين لم يجز له ذلك ولو تنورا صغيرا جاز والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب المزارعة﴾

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقب القسمة فهي لغة مفاعلة من الزراعة وشريعة ما ذكر المؤلف وسببها سبب المعاملات وركنها الايجاب والقبول وشرائط جوازها كون الارض صالحة للزراعة وكون رب الارض والمزارع من أهل العقد وبيان المدة فلو ذكر مدة لا يخرج الزرع فيها لم تجز المزارعة وصفتها انها فاسدة عند الامام جائزة عندهما ودليلها ما روى انه عليه الصلاة والسلام دفع الارض لاهل خيبر مزارعة قال رحمه الله ﴿هي عقد على الزرع ببعض الخارج﴾ فقوله عقد جنس وقوله على الزرع يشمل المزروع حقيقة وهو الملقى في الارض قبل الادراك قاله خواهر زاده أو باعتبار ما يؤول اليه بان كانت فارغة وقوله ببعض الخارج فصل أخرج سائر العقود والمساقاة لانها عقد على بعض الثمرة وأطلق في العقد فشمل مع الاجنبي أو الشريك قال في فتاوى الفضلي أرض بين رجلين دفعها أحدهما للآخر مزارعة على أن الخارج ثلثه للدافع وثلثان للعامل جاز في أصح الروايتين اهـ قال رحمه الله ﴿وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الارض والعامل والشركة في الخارج﴾ وهذا قول الثاني والثالث وقال الامام لا تجوز المزارعة لهما ما روى انه عليه الصلاة والسلام دفع الارض مزارعة لاهل خيبر على نصف ما تخرج منها من ثمر أو زرع ولانها عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر فتجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل والمهتدي اليه قد لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد وللامام ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة بالثلث والربع والذي ورد في خيبر هو خراج مقاسمة لا يقال هذا مخالف لما تقدم في باب العشر والخراج من ان أرض العرب كلها عشرية لانا نقول أرض خيبر ليست من أرض العرب لانها لا يقر فيها على الكفر فان قلت هم يهود قلنا خيبر ليست داخلة في حدود أرض العرب واذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر أجرة مثل الارض أو العمل والغلة له لانها نماء ملكه قال في العناية وهذا منقوض بمن غصب بذر آخر وزرعه في أرض فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل الامر مضافا الى الآمر اهـ ولقائل ان يقول السؤال غير وارد والجواب غير صحيح اما أولا فقد تقرر ان الغاصب ملك البذر بالمزارعة فالبذر نماء ملك الغاصب فلا ايراد والجواب لم يصادف محلا وقالوا الفتوى اليوم على قولهما لحاجة الناس اليها وللتعامل والقياس يترك بمثل هذا والنص ورد بخلافه فيعمل به لانه هو الظاهر عندهما ثم شرط في المختصر لجوازها عندهما أن تكون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه وان يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد لان العقد لا يصح الا من الاهل وان يبين المدة لانه عقد على منافع الارض أو العامل وهي تعرف ويشترط ان تكون المدة قدر ما يتمكن فيها من الزراعة أو أكثر وان لا يكون قدر لا يعيش اليه مثلهما أو أحدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة ويقع على سنة واحدة وفي الخانية قال المشايخ يشترط بيان الوقت وتكون الزراعة على أول سنة والفتوى على

بيان المدة وان بقى بعد تمام السنة ما يمكن فيه الزراعة لا تبقى الزراعة وفى العتابية ولو ذكر مدة ان يخرج فان خرج ظهر انه صحيح والا فلا وان يبين من عليه البذر لان المعقود وهو منافع العامل أو منافع الارض ولا يعرف الا ببيان من عليه البذر وان يبين جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة وفى الذخيرة وفى الاستحسان بيان ما يزرع فى الارض ليس بشرط فوض الرأى الى المزارع أولم يفوض بعد ان ينص على المزارعة لان ذلك يصير معلوما باعلام الارض ومثله فى الخانية وان بين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بالاجر لانه أجرة عمله وأرضه فلابد ان يكون معلوما وان يخلى بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل وعمل رب الارض مع العامل لا يصح وان يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو المقصود بها فتنعقد اجارة فى الابتداء وتقع شركة فى الانتهاء ولهذا وشرط لاحدهما قفزانا مسماة فسدت لانه يؤدى الى قطع الشركة فى البعض المسمى أو فى الكل أولم تخرج الارض أكثر من ذلك وكذا اذا شرط ان يدفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما اذا شرط ان يرفع عشر الخارج أو ثلثه والباقى بينهما لانه يؤدى الى قطع الشركة وهو يحصل ان يكون حيلة للوصول الى رفع البذر وقيدنا بقولنا ببعض الخارج لانه اذا كان الخارج كله لواحد منهما فليست بمزارعة قال رب الارض للمزارع ازرع أرضى ببذرك على ان الخارج كله لى فهذا الشرط جائز ويصير العامل مقرضا للبذر من رب الارض ويكون العامل معينا له ٧ وفى العتابية ازرع لى فى أرضك ببذرك جاز ولو لم يقل لى والمسئلة بحالها لم يجز وقال عيسى بن أبان يجب ان يكون كالاول ولو قال فى المسئلة على ان الخارج نصفان جاز قال رحمه الله ﴿وان تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقى لآخر أو يكون العمل لواحد والباقى لآخر﴾ وهذه الجمل من جملة الشروط وانما كان كذلك لان من جوزها انما جوزها على انها اجارة ففى الصورة الاولى يكون صاحب البذر والارض مستأجرا للعامل والبقر تبع له لاتحاد المنفعة لان البقر آلة له فصار كمن استأجر خياطا ليخيط له قميصا بابرة من عنده أو صباغا ليصبغ له بصبغ من عنده والآخر يقابل عمله دون الآلة فيجوز والاصل فيها ان صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا كما رأيت وفى الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجرا للعامل وحده بلا بقر باجرة معلومة من الخارج فيجوز كما اذا استأجر خياطا ليخيط له قميصا باجرة بابرة من عند صاحب الثوب ٧ أو طنا أو بالنظير تمر له من المستأجر قال فى العتابية الاصل ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة على منفعة الارض والعامل أما فى الارض فاثر عبد الله بن عمر وتعامل الناس وأما فى العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر وتعامل الناس اهـ وفى الفتاوى دفع الزرع المدرك مزارعة بالنصف للحفظ لا يجوز وفى غير المدرك يجوز كذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده اهـ قال رحمه الله ﴿فان كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر أو كان البذر لاحدهما والباقى لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقى لآخر﴾ سيأتى الخبر لما بين شروط الجواز فى المزارعة شرع يبين الشروط المفسدة لها أما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلان صاحب البذر استأجر الارض واشترط البقر على صاحب الارض ففسدت لان البقر لا يمكن ان يجعل تبعا للارض لان منفعة البقر الشق ومنفعة الارض الانبات وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد وروى فى الامالى عن أبى يوسف انها جائزة وفى الخانية والفتوى على الاول وأما الثانى وهو ما اذا كان البذر لواحد والباقى لآخر وهو العمل والبقر والارض فلان العامل أجير ولا يمكن ان تكون الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما ووجهه ما تقدم وعن أبى يوسف انه جائز وفى الخانية لو كانوا أربعة البقر من واحد والبذر من واحد والارض من واحد والعمل من واحد فهى فاسدة وفى شرح الطحاوى ولو دفع البذر لمزارع ليزرعه المزارع فى أرضه على ان الخارج بينهما لا يجوز والحيلة ان يأخذ أرضه ثم يستعين صاحب البذر بصاحب الارض فى العمل فيجوز وفى النوازل رجل له أرض أراد أن يأخذ بذرا من الارض حتى يزرعه فى أرضه ويكون الزرع بينهما فالحيلة فى ذلك ان يشترى نصف البذر بثمن معلوم ثم يقول له ازرعها بالبذر وهذه الحيلة تجرى فى كل صورة وقعت فاسدة اهـ وأما الثالث وهو ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقى لآخر وهو العمل والارض فلما ذكرنا ان الارض لا يمكن جعلها تبعا لعمله لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة قال الشارح وهنا وجه آخر لم يذكره فى الكتاب وهو ان يكون البقر من واحد والباقى من آخر قالوا هذا فاسد وينبغى ان يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الارض وحدها والجواب عنه ان القياس ان لا تجوز المزارعة وانما تركناه بالاثر وفى هذا لم يرد أثر اهـ قال ولو دفع أرضا على ان يزرع ببذر الزارع وبقره ويعمل معه ثالث والخارج أثلاث فالعقد

فاسد

فاسد بينهما و بين أجنبى جائز بينهما ولرب الارض من العامل ببعض الخارج فلو كان المزارع الاول مالكا لمنفعة الارض بالاستئجار فصار كما لو كانت الارض مملوكة ودفعها الى العامل على ان يعمل معه لايجوز لفوات التخلية بين الارض والمزارع وفسادها فى حق الثانى لايوجب فساد المزارعة فى حق الاول لان المزارعة الثانية غير مشروطة فى الاول والعطف لايقتضى الاشتراط فان كانت الثانية مشروطة فى الاول بان قال على ان يعمل الثانى معه بالثلث هل تجوز المزاعة فى حق الاول قال بعض المشايخ تفسد لان الثانية صارت مشروطة لرب الارض فانه لامنفعة له فى عمل الثانى مع الاول ولو كان البذر من رب الارض والمسئلة بحالها صحت فى حق الكل لانه استأجر العاملين ببعض الخارج وذلك جائز كذا فى المحيط ولو دفع أرضه الى رجل ليزرعها على أن الخارج بينهما نصفين فالمسئلة على وجهين الاول أن يكون البذر من قبل العامل الثانى أن يكون من قبل صاحب الارض وعلى كل وجه يكون على ثلاثة أوجه اما أن يسكتا على شرط البقر أو شرط البقر على العامل أو على رب الارض فان سكتا فالبقر على العامل كان البذر منه أو من صاحب الارض لان البقر آلة للعمل وان شرطا البقر على صاحب الارض فان كان البذر من قبله يجوز وان كان من قبل الآخر فسدت كذا فى الظهيرية وفى العتابية ولو قال رب الارض ازرع لى أرضى ببذرك على أن يكون الخارج كله لك فهذا فاسد والخارج لرب الارض وللزارع على رب الارض مثل بذره وأجر مثل عمله ولو قال رب الارض ازرع أرضى ببذرك على أن يكون الخارج كله لك فهذا جائز ويكون الخارج لصاحب البذر ويكون صاحب الارض معيرا له أرضه وفيها أيضا لو دفع البذر الى رجل وقال ازرع على أن الخارج لك أو لى أو نصفين فهو فاسد اهـ قال رحمه الله ﴿أو اشترطا لاحدهما قفزانا مسماة أو ما على الماذيانات والسواقى أو ان يرفع رب البذر بذره أو يرفع من الخارج الخراج والباقى بينهما فسدت﴾ يعنى لو شرطا لاحدهما قفزانا معلومة تفسد لانه يؤدى الى قطع الشركة فى المسمى كما تقدم أو مطلقا لاحتمال ما يخرج الا هو والمراد باحدهما هو أو من يعود نفعه اليه بالشرط هذا اذا شرطا لاحدهما فلو شرطا لغيرهما قالوا ولو شرطا بعض الخارج لعبد أحدهما فلا يخلو اما أن يكون مشروطا لمن يملك رب الارض وللعامل كسبه كالغائب والقريب وكل قسم على وجهين اما أن يكون البذر من قبل رب الارض أو من قبل المزارع أما القسم الاول لو دفع أرضا أو بذرا على ان ثلث الخارج لرب الارض وثلثه لعبده وثلثه للعامل جاز وشرطا عمل العبد أو لم يشترطا لان ما شرطا للعبد شرط لسيده وان شرط عمل العبد فالمشروط للعبد حتى يقضى منه ديونه والمولى ممنوع من أخذه فكان العبد كالاجنبى فان كان البذر من المزارع فان شرطا ثلث الخارج لعبد رب الارض فالمزارعة جائزة اذا لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمل العبد والمشروط للعبد مشروط لمولاه وان شرطا عمل العبد لمولاه وان شرطا عمل العبد ولا دين عليه فالمزارعة فاسدة فى ظاهر الرواية وان كان على العبد دين ولم يشترط عمل العبد فالمزارعة جائزة وان شرطا عمل العبد مع ذلك فالمزارعة فاسدة فى ظاهر الرواية وأما اذا شرطا الثلث لمكاتب أحدهما أو قريبه أو لاجنبى فان كان البذر من قبل رب الارض ان شرط عمله جاز وقد تقدم بيانه هذا اذا شرطا قفزانا فاذا شرطا كله قال فلو شرط الخارج كله لاحدهما فان كان البذر من قبل رب الارض جاز والخارج كله للمشروط له فيكون العامل متبرعا بعمله وان شرطاه للعامل جاز ويكون رب الارض أعاره أرضه واستقرض بذره فان كان البذر من المزارع وشرط جميع الخارج لاحدهما فهو على أربعة أوجه الاول أن يقول ازرع أرضى ببذرك فيكون الخارج كله لى فهو فاسد والخارج كله لرب البذر وعليه أجر مثل الارض الثانى ان يقول كله لك والمسئلة بحالها جاز وصار معيرا أرضه منه الثالث أن يقول ازرع أرضى ببذرك على أن الخارج بيننا نصفان والبذر قرض على رب الارض والرابع ان يقول ازرع أرضى ببذرك على أن يكون كله لك فهى فاسدة والخارج كله لرب الارض وصار مستقرضا للبذر وكذا فى المحيط وأما اذا شرطا لاحدهما ما على الماذيانات وهى مجرى الماء والسواقى أو يرفع رب البذر بذره أو يدفع الخراج فلانه يؤدى الى قطع الشركة فى البعض أو الكل وشرط صحتها ان يكون الخارج مشتركا بينهما والمراد بالخراج الخراج الموظف نصفا أو ثلثا أو نحو ذلك أما الجزء الشائع فلا يفسد اشتراطه لانه لايؤدى الى قطع الشركة وهى حيلة لدفع قدر بذره ولو شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب فسدت لاحتمال أن يصيب الزرع آفة فلا يخرج الا التبن فلو شرطا الحب نصفين ولم يتعرض للتبن صحت لانه هو المقصود والتبن نصفان ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب الارض صحت لانه شرط لايخالفه العقد لانه نماء ملكه ولو شرطا التبن للعامل فسد لانه شرط مخالف لمقتضى العقد فربما يؤدى الى قطع الشركة بان يصيب الزرع آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن قال والعشر عليهما

عندهما وعند الامام على صاحب الارض فان لم يأخذ الامام العشر فهو لصاحب الارض عند الامام وعندهما لهما ولو قال صاحب الارض للعامل لأدرى ما يأخذ الامام العشر أو النصف لان النصف لى بعدما يأخذ جازت عندهما كذلك فى المحيط قال رحمه الله ﴿فان صحت فالخارج على الشرط﴾ لصحة الالتزام قال فى المحيط وأما الزيادة والحط فى المزارعة والمعاملة فالاصل ان كان المعقود عليه بحال يجوز ابتداء المزارعة والمعاملة جازت الزيادة فيهما واذا أدى أحدهما الآخر فى الخارج٧ فان كان حال الزيادة قبل الاستحصاد وعظم التناهى تجوز الزيادة لانه يجوز ابتداء العقد مادام قابلا للزيادة والافلا والحط جائز فى الحالين حال قبول الزيادة و بعدها لانه اسقاط ولو باع الارض المدفوعة مزارعة أو معاملة فالبيع موقوف على اجازة المزارع والعامل فان لم يجز تبقى الى انتهاء المزارعة والمعاملة ويخير المشترى ان شاء انتظر أو فسخ ولم يتعرض المؤلف لما اذا وقع فى العقد أو علق ونحن نبين ذلك قال وفيه أيضا لو دفع الارض والبذر سنة على ان يزرعها بغير كراب فللعامل ربع الخارج وان كربها فثلثه وان كرب و بنى فنصفه جاز ما شرطاه وكذا لو كان البذر من جهة المزارع القسم الثانى دفع الارض على أن زرعها حنطة فالخارج كذا وان زرعها شعيرا فكذا وان زرعها سمسما فكذا فهذا على أربعة أوجه اما ان قال ازرعها أو زرعت فيها أو زرعت منها أو زرعت بعضا منها فالمزارعة فى الاولين جائزة لانه خيره بين العقود الثلاثة فان زرع شيأ من الاصناف الثلاثة فالخارج على ما شرطاه ولو قال ما زرعت منها أو بعضا منها فالمزارعة فاسدة لانه ان زرع البعض حنطة والبعض شعيرا وسمسما فذلك البعض مجهول ولو كان البذر من قبل العامل وشرطا ان زرعها حنطة فبينهما نصفان وان زرعها شعيرا فذلك للعامل جاز استحسانا وهو فى الاول مزارعة وفى الثانى اعارة الارض ثم ذكر محمد التخيير بين ثلاثة ولم يذكر هل يجوز التخيير فى أكثر من ذلك روى هشام انه لا يجوز القسم الثالث دفع الارض على ان زرعها ببذره فى أول جمادى الاولى فالخارج نصفان وان أخر فالثلث للمزارع فالشرطان جائزان عندهما و بيان الدليل يطلب فيه اهـ قال رحمه الله ﴿فان لم يخرج شئ فلا شئ للعامل﴾ لانها اما اجارة أو شركة فان كانت اجارة فالواجب فى العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة فى الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم تخرج الارض حيث يستحق أجر المثل فى المدة وعدم الخروج لا يمنع وجوبه قال فى العناية واستشكل بمن استأجر أرضا بعين ففعل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر أجرة المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر وأجيب بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفروعه والآخر المعين الى الاجر لا يجب للآخر شئ فكذا هنا ولقائل أن يقول هذا الجواب غير مستقيم فى صورة استئجار الارض فان رب الارض لا يقبض البذر الذى يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه قال رحمه الله٧ ﴿ومن أبى عن المضى أجبر الارب البذر﴾ لانها انعقدت اجارة والاجارة عقد لازم غير انها تنفسخ بالعذر فان امتنع صاحب البذر عن المضى فيها كان معذورا لانه لا يمكنه المضى الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدرى هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجره لهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل أجبر على العمل وان امتنع رب البذر والارض من قبله بعدما كرب الارض فلا شئ له فى عمل الكراب فى القضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قومه بجزء من الخارج فلا خارج و يلزمه فيما بينه و بين الله تعالى أجر مثله كيلا يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيكتفى بارضائه بان يوفيه أجر مثله قال رحمه الله ﴿وتبطل بموت أحدهما﴾ لانها اجارة وهى تبطل بموت أحد المتعاقدين اذا عقدها لنفسه وقد بيناه فى الاجارة وهذا الاطلاق جواب القياس وفى الاستحسان اذا مات وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يحصد الزرع ثم يبطل فى الباقى لان فى ابقائه هذه المدة مراعاة الحقين فيعمل العامل أو وارثه على حاله فاذا حصد يقسم على ما شرطاه ولا ضرورة فى الباقى ولو مات رب الارض قبل الزرع بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فى ذلك اتلاف مال على الزارع ولا شئ للعامل بمقابلة العمل لانه يتقوم بالخارج ولا خارج ولا يجب شئ بخلاف المسئلة الاولى حيث يقضى بارضائه لانه مغرور من جهته باختياره واذا كان على رب الارض دين ولم يقدر على قضائه الا ببيع الارض فسخت المزارعة قبل الزرع و بيعت بالدين ولا شئ للعامل عليه فى الكرب وحفر الانهار ولو نبت الزرع ولم يحصد لم يبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال و يخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به لانه لما لم يمنع بيع الارض لم يكن مماطلا والحبس جزاء المماطلة وفى الذخيرة لو مات رب الارض بعد

٧ هكذا النسخ من هذه التكملة ونحن أجرينا الطبع عليها نظرا لسبق طبعها وعدد النسخ فلم نتعد اهـ مصححه

الزرع قبل النبات هل تبقى المزارعة قال بعضهم تبقى وقال بعضهم لا تبقى فتفسخ وفيها أيضا وهل يحتاج فى فسخ المزارعة الى قضاء القاضى قيل وفى رواية الزيادات يحتاج الى القضاء أو الرضا وفى رواية كتاب المزارعة لا يحتاج الى القضاء أو الرضا اه ولومات المزارع والزرع بقل فلورثته القيام عليه حتى يدرك صيانة لحقهم فان أبوا على ذلك لم يجبروا لانهم لم يلتزموا بالعقد ذلك ورب الارض بالخيار ان شاء أعطى قيمة نصيبهم وان شاء قلع وان شاء أنفق عليه حتى يستحصد ويرجع بحصة الزارع فى النفقة فيه كذا فى المحيط قال رحمه الله ﴿فان مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى الزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك﴾ يعنى يجب على العامل أجر مثل أرض الآخر حتى يستحصد وظاهر العبارة انه يجب عليه جميع الاجرة وليس كذلك فلو قال فى نصيبه لكان أولى وأسلم لان العقد قد انتهى بمضى المدة وفى القلع ضرر فبقيناه باجر المثل الى أن يستحصد فيجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره بخلاف مالومات قبل ادراك الزرع حيث يترك الى الحصاد ولا يجب على المزارع شئ لانا أبقينا عقد الاجارة هنا استحسانا فامكن استمرار العامل على ما كان من العمل أما هنا لا يمكن الابانقضاء المدة فتعين ايجاب أجر المثل بالايفاء وكان العمل ونفقة الزرع ومونته بالحفظ وكرى الانهار عليهما بخلاف ما اذا مات قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل ولو أنفق أحدهما على الزرع بغير أمر القاضى وبغير أمر صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه وهو غير مضطر الى ذلك لانه يمكنه أن ينفق بامر القاضى فصار نظير ترميم الدار المشترك ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا ليس له ذلك لما فيه من الاضطرار بالآخر ولو أراد الزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو انفق أنت على الزرع وارجع عليه بما أنفقت عليه دفعا للضرر عنه قال ولا يضمن المزارع أجر مثل الارض لانه لما رضى بابطال حقه لم تبق الاجارة بينهما ولو غاب المزارع بعد ما زرع فانفق رب الارض الى الادراك بامر القاضى رجع ولا سبيل للزارع على الزرع حتى يعطيه النفقة كلها لان الزارع لو كان حاضرا كان الكل عليه فكذا لو غاب ولو اختلفا فى النفقة فالقول قول الزارع مع يمينه لانه ينكر واذا انقضت المدة قبل الادراك فمن أنفق منهما بغير اذن القاضى فهو متطوع وان أنفق بامر القاضى رجع بنصف ما أنفق زرع المزارع ونبت فاستحقت الارض فلمستحق القلع لانه ظهر أنهما غاصبان ثم الزارع ان شاء ضمن الدافع نصف قيمة الزرع نابتا وان شاء قلع معه وان استحقت مكروبة قبل الزرع لا شئ للعامل هذا اذا كان البذر من جهة العامل فان كان البذر من جهة رب الارض لم يذكره محمد وقالوا ينظر ان كان الاستحقاق قبل الزراعة فلا شئ للعامل وان استحقت بعد الزراعة ان شاء قلع معه وان شاء رجع على الدافع قيل باجرة مثل عمله كما لو دفع نخلا معاملة ثم استحق يرجع عليه باجر مثل عمله وقال الفقيه أبو جعفر الهندوانى يرجع عليه بقيمة نصيبه من الزرع فلو أجاز المستحق المزارعة هل يصح قالوا ان كان البذر من جهة رب الارض لا يصح لان العقد لم يرد على ملك المستحق وان كان البذر من جهة العامل تصح اجازته قبل الزراعة وبعدها فلا تصح كذا فى المحيط قال رحمه الله ﴿ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية﴾ تجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية مطلقا من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما بينا وأما وجوب الحصاد وما ذكر فلان عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فيبقى ذلك باشتراك بينهما فيجب عليهما قال رحمه الله ﴿فان شرطاه على العامل فسدت﴾ يعنى شرط العمل الذى يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد وما ذكرناه على العامل أو النفقة فسدت لانه شرط لا يقتضيه العقد وانما قلنا ذلك لان العقد يقتضى عمل المزارع وهذه الاشياء ليست من أفعال المزارعة فكانت أجنبية فيكون شرطها مفسدا كشرط الحمل والطحن على العامل قال فى الذخيرة وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انها تصح مع اشتراط ذلك على العامل ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون ويجوز شرط التنقية والحمل الى منزله على العامل لان المزارعة على هذه الشروط متعاملة بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل واختار شمس الأئمة رواية أبى يوسف وقال وهو الاصح فى ديارنا ولو شرط الجذاذ على العامل والحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل ولو أراد فصل القصيل أو جد التمر بسرا أو التقاطه الرطب كان ذلك كله عليهما وفى الاصل واذا أدرك الباذنجان أو البطيخ فالتقاط ذلك عليهما والحمل والبيع عليهما وكذا الحصاد عليهما اه وفى التتارخانية وكل عمل يزيد فى الزرع ولا بد للمزارع منه يجب على المزارع شرط عليه ذلك أو لم يشرط عليه ذلك كالسقى وغيره اه والله أعلم

﴿ كتاب المساقاة ﴾

قال فى غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوى فى مختصره كتاب المساقاة على كتاب المزارعة الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع فى عامة البلاد كانت الحاجة اليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة اهـ ولك أن تقول وجه المناسبة ان فى كل منهما دفعا الا ان فى المزارعة دفع الارض وهى الاصل وفى المساقاة المقصود دفع الاشجار وهى فرع فقدم الاصل وهو دفع الارض وهى فى اللغة مفاعلة من السقى وسبب جوازها حاجة الناس اليها وركنها الايجاب والقبول والارتباط ودليلها ما تقدم فى المزارعة وشرطها كون العاقد والساقى من أهل العقد وشرط صحتها كون الثمرة تزيد بالعمل وصفتها انها جائزة وحكمها وجوب الشركة فى الخارج وعند الفقهاء ما سنذكره قال رحمه الله ﴿هى معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على ان الثمرة بينهما﴾ فقوله معاقدة جنس وقوله دفع الاشجار أخرج البيع لانه عقد تمليك العين لا دفعها وقوله الى من يعمل فيها أخرج الاجارة لانها وان كانت فيها دفع للانتفاع لا ليعمل فيها وقوله على ان الثمرة بينهما أخرج المزارعة وأطلق من يعمل فشمل الشريك وغيره ولو زاد الاجنبى ليعمل فيها الخ لكان أولى لانه لو دفع أحدهما للآخر وهما مالكان لا يصح قال فى فتاوى الفضلى اذا كان النخل بين اثنين فدفع أحدهما لصاحبه معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ومهما خرج فهو بينهما أثلاثا ثلثه للدافع وثلثاه للعامل فهذه المعاملة فاسدة ولو كان مكانها مزارعة بان كانت أرض بين اثنين ودفعها أحدهما لصاحبه مزارعة على ان الخارج ثلثه للدافع وثلثاه للعامل جاز على أصح الروايتين اهـ قال رحمه الله ﴿وهى كالمزارعة﴾ يعنى لا تجوز عند الامام وتجوز عندهما وشرطها عندهما شروط المزارعة فى جميع ما ذكرنا الا فى أربعة أشياء أحدها اذا امتنع أحدهما يجبر لانه لا ضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة على ما تقدم الثانى اذا انقضت المدة تترك بلا أجرة على ما تبين بخلاف المزارعة الثالث اذا استحق النخل يرجع العامل باجرة مثله والزارع بقيمة الزرع والرابع فى بيان المدة فاذا لم يبين المدة فيها يجوز استحسانا لان التيقن وقت ادراك الثمرة معلوم وقلما يتفاوت فيه فيدخل ما هو المتيقن به وادراك البذر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لان لها نهاية معلومة فلا يشترط فيها بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف ولا انتهاء ينبنى عليه فتدخل الجهالة الفاحشة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه الى أول ثمر يخرج منه وبخلاف ما اذا دفع نخلا أو أصول رطبة على أن يقيم عليها حتى يذهب أصولها ونبتها الا انه لا يعلم متى ينقطع النخل أو الرطب لان الرطب تمر ما دامت أصولها فتكون مجهولة فتفسد المساقاة وكذا اذا أطلق فى الرطبة ولم يزد فى قوله حتى يذهب بخلاف ما اذا أطلق فى النخل حيث يجوز وينصرف الى أول ثمرة تخرج منه والفرق ان ثمر النخل لادراكه وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف فى الرطبة أول جزء منه حتى لو عرف جاز لعدم الجهالة ولو أطلق فى النخل ولم يثمر فى تلك السنة انقطعت المعاملة فيها لانتهاء مدتها فان سمى فيها مدة يعلم ان الثمرة لا تخرج فى المدة فسدت المساقاة لفوات المقصود وهو الشركة فى الثمار وان ذكر امدة يحتمل الطلوع فيها جازت لعدم التيقن بفوات المقصود ثم ان خرج فى الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل أجر مثله لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة فصار كما لو علم ذلك ابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين ان العقد كان فاسدا فيبقى العقد صحيحا ولا شئ لكل واحد منهما على صاحبه وفى الخلاصة وان ذكر امدة قد يخرج وقد لا يخرج فهى موقوفة ان أخرجت فى المدة صحت وان لم تخرج فسدت وهذا اذا أخرجت فى المدة المضروبة ما يرغب فى مثله فان أخرجت فى شئ لا يرغب فى مثله فهى فاسدة اهـ وفى المحيط ولو دفع اليه رطبة ثابتة فى الارض وقد انتهى جوازها لكن بذرها لم يخرج ليقوم ليخرج البذر على ان البذر بينهما نصفان ولم يسميا وقتا جاز لانه جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله ولو شرطا ان الرطبة بينهما فان لم تجز لانه استأجره ببعض ما أوجد قبل عمله مقصودا وفى جامع الفتاوى ولو دفع أرضا معاملة خمسمائة سنة لم يجز وان شرط مائة سنة وهو ابن عشرين سنة جاز وان كان أكثر من عشرين سنة لم يجز اهـ قال رحمه الله ﴿وتصح فى الكرم والشجر والرطب وأصول الباذنجان﴾ وقال الشافعى رحمه الله تعالى فى الجديد لا تجوز الا فى الكرم والنخل ولنا ما روى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على ما يخرج من ثمر وهذا مطلق فلا يجوز قصره على بعض الاشجار دون بعض لانه تقييد فلا يجوز بالرأى وفى فتاوى أبى الليث دفع كرما معاملة وفيه أشجار

لاتحتاج الى عمل سوى الحفظ فان كان بحال لولم تحفظ يذهب ثمرها قبل الادراك لاتجوز المعاملة فى تلك الاشجار ولا نصيب للعامل فيها وفى التجريد رجل دفع نخلا الى رجلين معاملة على أن لاحدهما السدس وللآخر النصف ولرب الارض الثلث فهى جائزة ولو شرطوا لصاحب النخل الثلث وللآخر الثلثان وللثالث أجر مائة على العامل فهذا فاسد والخارج كله لرب النخل ويرجع العامل الذى شرط له الثلثان على رب النخل أو لرب النخل الثلثان وللثالث الثلث فهى جائزة وفى جامع الفتاوى لو دفع الى رجلين جاز عند أبى يوسف ولا يجوز عند الامام وفى شرح الطحاوى ولو أن رجلا دفع أرضه معاملة على ان يغرس العامل فيها أغراسا والغراس يكون بينهما فهذا يجوز فاذا انقضت المدة فلرب الارض ان يطالبه بقلع الاشجار وليس له ان يتملكها بغير رضا المستأجر اذا لم يضر القلع بالارض فان كان يضرها ضررا فاحشا فله أن يتملكها بغير رضاه وفى الفتاوى العتابية اذا دفع أرضه للغرس على أن الغراس بينهما فان كان الغراس من جانب صاحب الارض فغرس فالغراس كله لصاحب الارض وان كان للعامل وقال له اغرسها فالغراس لصاحب الارض وللعامل عليه قيمتها اهـ وفى فتاوى أبى الليث لو غرس حافتى نهر فقال رجل غرست لى لانك كنت خادمى وفى عيالى وقال الغارس لنفسى فان عرف ان الغارس كان وقت الغراس فى عياله يعمل له مثل هذا العمل فالشجر له وان لم يعرف ذلك فللغارس ذلك اهـ قال رحمه الله ﴿فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمر يزيد بالعمل صحت وان انتهت لا كالمزارعة﴾ لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهى فلو جاز بعد الادراك لا يستحق الا بلا عمل ولم يرد به الشرع ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهى لان جوازه قبل التناهى للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقى على الاصل قال رحمه الله ﴿فاذا فسدت فللعامل أجر مثله﴾ لانها فى معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت وقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿وتبطل بالموت﴾ لانها فى معنى الاجارة كالمزارعة فان مات رب الارض والخارج بسرا فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم عليه قبل ذلك الى أن تدرك الثمرة وليس لورثته ان يمنعوه من ذلك استحسانا كما فى المزارعة لان فى منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر تخير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يدرك فيرجعون على العامل بحصته من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر به كما فى المزارعة هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وفى رجوعه فى حصته اشكال وكان ينبغى ان يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضى أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدى الى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدى الى استحقاق العامل بلا عمل فى عمل بعض المدة وهذا الاشكال وارد فى المزارعة أيضا كذا فى الشارح وأجاب بعض الافاضل بان المعنى يرجعون فى حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه فيرد على هذا المجيب بان المنقول فى الكافى للعلامة النسفى وفى الحاكم الشهيد ما نص عبارته ويرجعون بنصف نفقتهم فى حصة العامل كما فى المزارعة اهـ فحمله غير صحيح ونقل فى التتارخانية فى فصل الموت فى المزارعة اذا أنفق ورثة رب الارض بامر القاضى يرجعون على المزارع بجميع النفقة مقدرا بالحصة واذا أنفق رب الارض باذن القاضى يرجع بنصف النفقة اهـ ولا يخفى ان المعاملة والمزارعة من باب واحد فما قاله الشارح ظهر منقولا ولو مات العامل فلورثته أن يقيموا عليه وليس لرب الارض أن يمنعهم من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فاذا أرادوا أن يصربوه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التى ذكرناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خيار فى حق مالى وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك فيورث بخلاف خيار الشرط فان أبوا ورثة العامل أن يقيموا عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الارض على ما ذكرنا واذا انقضت مدة العامل وكان الخارج بسرا أخضر فهو كالمزارعة اذا انقضت مدتها فللعامل أن يقيم عليها الى ان تنتهى الثمار كما كان ذلك للمزارع لكن هنا لا يجب على العامل أجرة حصته الى ان يدرك لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع أجر مثل الارض الى أن يدرك الزرع لان الارض يجوز استئجارها وكذا العمل كله على العامل هنا وفى المزارعة عليهما الا انه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة فى المزارعة لا يستحق العمل عليه كما كان يستحق قبل انتهائها قال رحمه الله ﴿وتفسخ بالعذر كالمزارعة﴾ بان يكون العامل سارقا أو مريضا لا يقدر على العمل لانها فى معنى الاجارة وقد بينا انها تفسخ بالاعذار وكونه سارقا عذر ظاهر لانه يسرق الثمر والسعف ويلحق الآخر الضرر ولو أراد العامل ترك العمل ٧ فى الصحيح وقيل يمكن وقيل لا يمكن بالاتفاق قال أصله ان المزارعة لازمة من جهة من لا بذر منه غير لازمة من جهة رب البذر ثم مسائله على ثلاثة أقسام قسم فى الموت وقسم فى فسخ العقد من قبله بالدين وقسم

فى انقضاء المدة واذا أراد رب الارض أن يفسخ العقد وليس من قبله البذر قبل العمل ليس له ذلك الا أن يكون عليه دين لا وفاء الا منه فان باعها بالدين لم يكن عليه من نفقة العامل شئ فى حفر الانهار واصلاحها لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد أو شبهه ولم يوجد ذلك ومتى كان البذر من قبله بأن يكون مستأجرا للارض فان نبت الزرع لا يباع حتى يستحصد لكن القاضى يخرجه من الحبس ولا يحول بينه وبين الغرماء لان فى البيع ابطال حق العامل وفى ترك البيع تأخير حق رب الدين والتأخير أهون من الابطال فلو زرع ولم ينبت فقد اختلفوا فيه قيل لصاحب الارض بيعها بالدين لانه ليس للزرع فى الارض حق قائم لان القاء البذر استهلاك وقيل ليس له البيع لان القاء البذر من الاستنماء وليس باستهلاك وأما القسم الثانى وهو ما لو دفعها اليه ثلاث سنين ثم مات رب الارض فى الاولى قبل الحصاد يبقى الزرع حتى يستحصد استحسانا فاذا حصد ينفسخ فى السنتين الباقيتين ولو مات قبل الزرع بطلت المزارعة فان مات بعد الزراعة قبل النبات اختلفوا فيه على نحو ما ذكرنا فى الدين ولو مات المزارع والزرع بقل فقد قدمنا بيانه وهذه فروع ذكرناها تتميما للفائدة ولو دفع أرضا بيضاء على ان يغرس فيها نخلا وشجرا على ان ما خرج من شجر أو نخل فهو بينهما نصفين وعلى ان الارض بينهما نصفين فهذا فاسد فان فعل فما خرج من الارض بجميعه لرب الارض وللغارس أجر مثل عمله دفع أرضا على أن يغرسها المدفوع اليه لنفسه ما بدا له ويزرعها من عنده ما بدا له على أن الخارج نصفان بينهما وللعامل على رب الارض مائة درهم فهو فاسد والخارج للغارس ولرب الارض أجر أرضه ولو كان البذر والغراس من رب الارض على ان يغرس ويبذرهما بهما والخارج نصفان بينهما ولرب الارض على العامل مائة درهم فهو فاسد والخارج لرب الارض وللعامل أجر مثله وتوجيهه يطلب من المحيط واشتراط العمل فى المعاملة والمزارعة على أقسام أحدها ان يشترطا البعض على العامل وسكتا عن الباقى أو شرطا بعضه على الدافع وسكتا عن الباقى أو شرطا بعضه على الدافع وبعضه على العامل وكل قسم على قسمين الاول لو شرطا البعض على العامل وسكتا عن الباقى فان كان المسكوت عنه لا يخرج من ذلك شئ الا به أو يخرج شئ لا يرغب فى مثله فالمعاملة فاسدة والثانى لو شرطا على نفسه السقى والحفظ لا غير فالمزارعة فاسدة الا اذا علم أن السقى لا يزيد فيه الثالث لو شرط السقى على رب النخل والحفظ والتلقيح على العامل لم يجز والمزارعة كالمعاملة فى هذه الاحكام اذا كان البذر من رب الارض وتوجيهه يطلب من المحيط وأما المزارعة اذا شرط فيها المعاملة فالمعاملة متى شرطت فى المزارعة بأن دفع أرضا فيها نخل على ان يزرعها من بذره بالنصف وعلى ان يعمل فى النخل ويسقيه ويلقحه بالنصف فانه ينظر ان كان البذر من قبل العامل فسدت لانهما عقدان اشترط أحدهما فى الآخر وان كان البذر من قبل رب الارض جاز لانه عقد واحد لانه استأجره ليعمل فى أرضه ونخله وتوجيهه يطلب من المحيط وأما لو دفع المزارع أو العامل الارض أو النخل لغيره مزارعة أو معاملة فهى على وجهين اما أن يكون البذر من قبل رب الارض وفى هذا لا يملك ان يدفع الارض مزارعة أو معاملة الا أن يأذن له رب البذر فى ذلك أو يقول له اعمل برأيك ولكن له ان يستأجر أجيرا من ماله لاقامة عمل المزارعة وان قال رب البذر اعمل لله تعالى برأيك جاز له ان يدفعها لغيره مزارعة واذا لم يأذن له ولم يقل اعمل برأيك فدفعها لغيره مزارعة فصار مخالفا غاصبا وبطلت المزارعة بينه وبين رب الارض ولرب الارض ان يضمن أيهما شاء أجرة الارض فاذا ضمن الاول لم يرجع على صاحبه وان ضمن الثانى رجع على الاول لانه مغرور من جهته كذا فى الفتاوى الكبرى وأما لو أذن له رب الارض أو قال له اعمل برأيك فدفعها جاز وان كان رب الارض شرط للمزارع النصف فدفعها للثانى بالنصف فهما خرج منها فنصفه لرب الارض ونصفه للمزارع الثانى وان شرط المزارع الاول للثانى الربع وللاول الربع وحكمهما حكم المضاربة وفى فتاوى الخلاصة وان كان البذر من قبل العامل له ان يدفع الى آخر مزارعة وان لم يأذن له رب الارض أصلا ولو دفع صار الزارع الاول مؤجرا أما اذا استأجره اجارة فاسدة صار الاول مستأجرا للمزارع الثانى ببعض الخارج ويعمل فى الارض اه وفى المحيط اذا عمل صاحب الارض مع العامل بأمره أو بغير أمره فهو على قسمين اما أن يكون البذر من قبل رب الارض أو من قبل العامل فلو كان من قبل رب الارض بأن دفع أرضه وبذره مزارعة بالنصف فزرع العامل وسقى فلما نبت قام عليه رب الارض حتى استحصد بغير أمر العامل فالخارج على الشرط ورب الارض متطوع بعمله كما لو قام عليه أجنبى ولو بذر المزارع ولم ينبت ولم يسقه فسقاه رب الارض وقام عليه حتى استحصد فالخارج لرب الارض قياسا وفى الاستحسان على الشروط ورب الارض متطوع كما لو قام عليه أجنبى ولو لم يزرع العامل حتى زرعه رب الارض وسقاه ثم قام عليه المزارع حتى استحصد فالخارج لرب الارض والمزارع متطوع وان بذره رب الارض بغير اذن الزارع ولم يسقه ولم ينبت

فسقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج على الشرط القسم الثانى لو كان البذر من قبل المزارع فبذر ولم يسقه ولم ينبت فقام عليه رب الارض حتى استحصد فالخارج بينهما وكذا لو بذره رب الارض ولم ينبت ولم يسقه حتى قام عليه المزارع فالخارج على الشرط ولو كان رب الارض سقاه حتى نبت ثم قام عليه المزارع وسقاه فهو لرب الارض ويضمن البذر لربه والمزارع متطوع فى سقيه وما علمته من الجواب فى المزارعة فهو الجواب فى المعاملة كذا فى المحيط وأما لو اختلفا فى المزارعة أو المعاملة فلا يخلو اما ان يختلفا فى العقد أو الشروط أو فى جواز العقد وفساده فلو اتفقا على جواز واختلفا فى المشروط والبذر من قبل رب الارض ان كان قبل المزارعة وأقاما بينة فبينة المزارع أولى لانها أكثر اثباتا وان لم تقم لاحدهما بينة تحالفا وترادا وان اختلفا بعد الزراعة والنبات فالقول لرب الارض مع يمينه والبينة للآخر وان كان البذر من قبل العامل فالقول له والبينة للآخر بعد عقد المزارعة وقبلها يتحالفان ويبدئ بيمين رب الارض وأما لو اختلفا فى الجواز والفساد فهو على ثلاثة أوجه اما ان اختلفا قبل الزراعة فالقول لمدعى الفساد وان اختلفا بعد الزراعة فالقول لصاحب البذر هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل رب الارض فاختلفا فالقول للعامل والبينة لرب الارض سواء اختلفا قبل الزرع أو بعده وأما لو اختلفت ورثتهما بعد موتهما فاما ان يختلفا فى مقدار الانصباء والبذر من قبل العامل فالقول لورثة صاحب الارض والبينة للآخر وان كان البذر من رب الارض فالقول لورثة صاحب البذر والبينة للآخر وان أقاما معا بينة فبينة صاحب البذر أولى وان اختلفا فى صاحب البذر كان القول قول ورثة المزارع والبينة للآخر وان اختلفا فى البذر وفى شرط وأقاما بينة فالبينة بينة رب الارض ولو مات المزارع بعد الاستحصاد ولم يدر ما فعل بحصة المزارع فضمان حصة المزارع فى ماله لانه مات مجهلا للوديعة ولو مات العامل بعد ما انتهت الثمرة فلم يوجد فى النخل شئ ان علم خروج الثمرة ضمن حصة الآخر والا فلا كذا فى المحيط وتفاصيله تطلب منه اهـ والله تعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب الذبائح ﴾

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل فان المزارعة اتلاف الحب فى الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه للانتفاع به بعد ذلك قيل هذا انما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة وأجيب بان المساقاة كالمزارعة فى غالب الاحكام فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح لدخول المساقاة فى المزارعة ضمنا فاكتفى بذلك ويحتاج الى معرفة تفسير الذكاة لغة وشرعا وركنها وشرط جوازها وحكمها أما تفسيرها لغة فهى اما مشتقة من الحدة يقال سراج ذكى اذا كان براه فى غاية الحدة ويقال فلان ذكى اذا كان سريع الفهم والادراك لحدة خاطره وفهمه ويقال مسك ذكى اذا كان طيب الرائحة يقوم منه الريح واما مشتقة من الطهارة قال عليه الصلاة والسلام دباغ الاديم ذكاته أى طهارته وقال ذكاة الارض يبسها أى طهارتها وكلا المعنيين موجود فى الذكاة فان فيها حدة من حيث انها مسرعة الى الموت وتطهر الحيوان عن الدماء المسفوحات والرطوبات السائلة النجسة وأما ركنها فهو القطع والجرح وأما شرطها فاربعة آلة قاطعة جارحة والثانى كون الذابح ممن له ملة حقيقة كالمسلم أو ادعاء كالكافر والثالث كون المحل من المحللات اما من كل وجه كما كول اللحم أو من وجه كغيره وهو ما يباح الانتفاع بجلده وشعره والرابع التسمية عند ما ساسيأتى وأما حكمها فطهارة المذبوح وحل أكله ان كان من المأكولات وطهارة عينه للانتفاع اذا كان لا يؤكل كذا فى المحيط وأما شرعا فهو قوله والذبح الى آخره وترجم بالذبائح والظاهر انه أراد بالذبائح الذبح الذى هو الذكاة والمؤلف أبقاه على ظاهره فلذا قال ﴿هى جمع ذبيحة وهى اسم لما يذبح﴾ يعنى الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشئ المذبوح ولا يخفى ان المناسب ان يترجم بالذبح لانه فعل والمكلف انما يبحث عن الافعال أولا بالذات لا عن الاعيان الا بطريق التبع وقوله جمع ذبيحة الاولى تركه لان الفقيه لا يبحث عن الافراد والجمع وانما يبحث عن الاحكام قال رحمه الله ﴿والذبح قطع الاوداج﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت والمراد الحلقوم والمرىء والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا وبه يحل المذبوح لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع التمييز بينه وبين اللحم فيطهر به ان كان غير مأكول ويقال ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكاة النار بالقصر لتمام اشتعالها وهى اختيارية واضطرارية فالاول الجرح فيما بين اللبة واللحيين والثانى الجرح فى أى موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وانما كان كذلك لان الاول ابلغ فى اخراج الدم من الثانى فلا يترك الا بالعجز عنه ويكتفى

بالثانى للضرورة لان التكليف بحسب الوسع وذهب العراقيون من مشايخنا الى أن الذبح محظور عقلا لما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الائمة السرخسى فى المبسوط وهذا عندى باطل لانه عليه الصلاة والسلام كان يتناول اللحم قبل البعثة ولايظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لذبحهم باسماء آلهتهم فعرفنا أنه كان يصطاد ويذبح بنفسه وما كان يفعل ماهو المحظور عقلا كالكذب والظلم والسفه قال رحمه الله ﴿وحل ذبيحة مسلم وكتابى﴾ لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به ذبائحهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من أى كافر ولايشترط أن يكون من أهل الكتاب ولافرق فى الكتابى بين أن يكون ذميا أو حربيا ويشترط أن لايذكر فيه غير الله تعالى حتى لوذكر الكتابى المسيح أو عزيرا لايحل لقوله تعالى وماأهل به لغير الله وهو كالمسلم فى ذلك فانه لوأهل به لغير الله لايحل قال فى العناية الكتابى اذا أتى بالذبيحة مذبوحة أكلنا فلوذبح بالحضور فلابد من الشرط وهو ان لايذكر عليها غير اسم الله ولافرق فى الذابح بين أن يكون صبيا أو مجنونا قال فى النهاية المراد بالمجنون المعتوه لان المجنون لاقصد له ولابد من التسمية وهى القصد وهو أن يعقلها قال رحمه الله ﴿وصبى وامرأة وأخرس وأقلف﴾ يعنى تحل ذبيحة هؤلاء والمراد بالصبى الذى يعقل التسمية ويضبط وان لم يكن كذلك لايحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالعقد وصحة العقد بالمعرفة والضبط هو أن يعلم شرائط الذبح من فرى الاوداج والتسمية والمعتوه كالصبى اذا كان ضابطا والقلفة ولاالفراسة لاتحل بذلك فيحل ٧ والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسى بل أولى لانه ألزم قال رحمه الله ﴿لامجوسى ووثنى ومرتد ومحرم وتارك التسمية عمدا﴾ يعنى لاتحل ذبيحة هؤلاء أما المجوسى فلقوله عليه الصلاة والسلام سنوابهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم ولانه ليس له دين سماوى فانعدم التوحيد اعتقادا ودعوى والوثنى كالمجوسى فيماذكرنا لانه مشرك مثله وأما المرتد فلانه لايقر على ماانتقل اليه ولهذا لايجوز نكاحه بخلاف اليهودى اذا تنصر وبالعكس أو تنصر المجوسى أو تهود لانه يقر على ماانتقل اليه عندنا فتؤكل ذبيحته ولوتمجس اليهودى لاتؤكل ذبيحته ولافرق فى المرتد بين أن يرتد الى دين اليهودية أو النصرانية أو الى غير ذلك كذا فى شرح الطحاوى والمتولد بين الكتابى والمجوسى يعتبر كتابيا وأما المحرم فالمراد به فى حق الصيد لان ذبيحته فى حق الصيد لاتؤكل لان فعله فيه غير مشروع وكذا الحلال فى حق صيد الحرم وكذا الكتابى لوذبح صيدا فى الحرم لايحل أكله وأما تارك التسمية عمدا فلقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل الحديث وقال الشافعى تؤكل قيدنا بقولنا عمدا لانه لوترك التسمية ناسيا يحل أكلها وهو مذهب على وابن عباس وقال أبو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عمدا لايسوغ فيه الاجتهاد حتى لوقضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع ولوذبح شاتين فسمى على الاولى دون الثانية تحل الاولى دون الثانية ولورمى سهما الى صيود فاثخن الكل يكفيه تسمية واحدة وان حصل بهاذكاة صيود كثيرة فاماذبح الشاة الثانية فلابد له من تسمية ثانية حتى لوأضجع شاتين احداهما على الاخرى وذبحهما بحديدة يحلان بتسمية واحدة ولوأضجع شاة ليذبحها ثم ألقى تلك السكين وأخذ سكينا أخرى فذبح بها لاباس به بخلاف مالوأخذ سهما وسمى فوضع ذلك ورفع آخر ولم يسم لم يحل أكله لان التسمية فى الذكاة الاختيارية مشروعة على الذبح لاعلى آلته والذبيحة لم تتغير وفى الذكاة الاضطرارية التسمية على الآلة لاعلى الذبيحة والآلة قد تغيرت وعن أبى يوسف ولوأضجع شاة وسمى فارسلها وأخذ غيرها وذبحها بتلك التسمية لم تجز ولو رمى الى صيد فاصاب آخر يحل لما بينا سمى واشتغل بآخر ان كان قايلا كمالوكلم انسانا أو شرب ماء يحل وان كان طويلا فلالان ايقاع الذبح متصل بالتسمية بحيث لايتخلل بينهما شئ ولا يمكن الابجرح فاقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لايقطع المجلس فيكون مذبوحا على التسمية والكثير يقطع فيفصل بينهما فيكون مذبوحا بغير تسمية ولوقال بسم الله جاز نوى أولم ينو لانه صريح فى التسمية وظاهر حاله يدل على أنه أراد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها مالم يوجد منه الصرف عنها حتى لوأراد به التسمية على غيره كمن قال الله أكبر وأراد به اجابة الاذان لالافتتاح الصلاة لم يصر شارعا فيها ولوسبح أو حمد الله أو كبر يريد به التسمية على الذبيحة تحل والافلا لان هذه الالفاظ كناية عن التسمية والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية ولوقال بسم الله بغيرهاء الله ان أراد به التسمية يحل والافلا لان العرب قد تحذف حرفا ترخيما كذا فى المحيط وفى التتمة رجل ذبح للضيف شاة فذكر اسم الله عليها فقال يحل أكله ولوذبح لاجل قدوم الامير أو قدوم واحد من

العظماء وذكر اسم الله يحرم أكله لانه ذبحها لاجله تعظيماله وفى جامع الفتاوى ذبح شاة مجوسى لاجل بيت نارهم أوذبح كافر لآلهتهم لاتؤكل ذبيحتهم ولافرق فى الذابح بين أن يكون ذكرا أوأنثى حرا أوعبدا صبيا أو بالغاناطقا أم أخرس أوأقلف اه قال رحمه الله ﴿وحل لوناسيا﴾ يعنى حل المذكى لوترك التسمية ناسيا وقال مالك رحمه الله تعالى لاتحل لماذكرنا من الدليل لانه لافصل فيه قلنا ان النسيان مرفوع الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وفى اعتباره حرج والحرج مرفوع بالنص والنص غير مجرى على اطلاقه لانه لوأريد به مطلقا لماجرت المحاجة بين السلف وارتفع الخلاف بينهم واقامة الملة مقام التسمية فى حق الناسى لانه معذور ولايدل على اقامتها فى حق العامد لعدم عذره ولايقال الآية مجملة لانه لايدرى هل أريد به حالة الذبح أوحالة الطبخ أوحالة الاكل لانا نقول أجمع السلف على ان المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها ثم التسمية فى ذكاة الاختيار يشترط أن تكون عند الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة وفى الينابيع ولوسمى بالفارسية جاز وفى الاصل ولوذبح الشاة وسمى فهو على ثلاثة أوجه ان لم يكن له نية أوأراد التسمية على الذبيحة وفى هذين الوجهين يجوز وان أراد غير التسمية على الذبيحة لايجوز وفى الحاوى سئل أبو القاسم عمن قال بسم الله ولم يذكر الهاء قال لايجوز وقال الفقيه ان لم يقصد ترك الهاء يجوز اه قال رحمه الله ﴿وكره أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وان قال قبل التسمية والاضجاع جاز﴾ وهذا النوع على ثلاثة أوجه أحدها أن يذكره موصولا من غير عطف فيكره ولاتحرم الذبيحة مثل أن يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لايحل ذكره فى النوادر وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه أن لايعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا ومن هذا النوع أن يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكن يكره لماذكرنا والثانى أن يكون موصولا على سبيل العطف والشركة نحو أن يقول باسم الله واسم فلان أو باسم الله ومحمد بالجر تحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله لقوله تعالى وما أهل به لغير الله ولقوله عليه الصلاة والسلام موطنان لاأذكر فيهما عند العطاس والذبح ولورفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا فى النصب قيل يكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة الثالث أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل أن يضجع الشاة أوقبل التسمية أو بعد الذبح اللهم تقبل هذا منى أومن فلان وهذا لا يكره لماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا من أمة محمد صلى الله عليه وسلم ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ وكان عليه الصلاة والسلام يقول اذا أراد الذبح اللهم هذا منك ولك ان صلاتى ونسكى الخ والشرط هو الذكر الخالص حتى لوقال اللهم اغفر لى واكتفى لايحل لانه دعاء وسؤال ولوقال الحمد لله أوسبحان الله وأراد به التسمية حل ولوعطس عند الذبح وقال الحمد لله لايحل فى الاصح لانه أراد بذلك الحمد على النعمة دون التسمية وذكر الحلوانى أن المستحب أن يقول باسم الله الله أكبر ثلاثا وفى النوازل اذاقال بسم الله ومحمد بالخفض قال بعضهم على قياس ماروى عن محمد فى باب الصلاة تحرم الذبيحة وكذا لوقال بسم الله وصلى الله على سيدنا ومحمد بالواو لوقال بغير واو حلت الذبيحة ولكن يكره وفى خزانة الفقه رجلان ذبحا صيدا وسمى أحدهما وترك الآخر التسمية لم يحرم أكله وفى الذخيرة والينابيع ولوذبح شاة فسمى ثم ذبح أخرى فظن أن التسمية الاولى تجزيه عنها لم تؤكل وفى الحاوى جمع العصافير فذبح واحدة وسمى وذبح أخرى على أثره بتلك التسمية لاتؤكل ولوأمر السكين عليهم بتسمية واحدة جاز وفى شرح الطحاوى وذبيحة أهل الكتاب انماتؤكل اذا أتى بها مذبوحة وان ذبح بين يديك فان سمى الله تعالى لا بأس بأكلها وكذا اذا لم يسمع منه شئ وان سمى باسم المسيح وسمعه منه فلايؤكل وفى جامع الجوامع من اشترى لحما وعلم انه ذبيحة مجوسى وأراد الرد فقال البائع الذابح مسلم لايرد ويحل أكله مع الكراهية وفيه عن أبى يوسف ذئب أخذ حلقوم شاة وأوداجها فذبحها فاكلها اذا كانت تضطرب اذا سمى تحل ولوانفلتت الشاة أوالبقرة من يده وقامت من مضجعها ثم أعادها الى مضجعها اكتفى بتلك التسمية وان ذبح الذابح وسمى صاحب الاضحية أوغيره لم يجز اه قال رحمه الله ﴿والذبح بين الحلق واللبة﴾ بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة وفى الجامع الصغير لا بأس بالذبح فى الحلق كله وأعلاه وأسفله والاصل فيه ماروى أنه عليه الصلاة والسلام قال الذكاة فى الحلق ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجرى العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد انه لوذبح أعلى من الحلقوم أوأسفل منه يحرم لانه أهل فى غير محل الذكاة ذكره فى الواقعات

وفى فتاوى السمرقندى ونقل فى النهاية عن الامام الرستغفنى رحمه الله تعالى سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلى الصدر وكان يجب أن يبقى غير ما يلى الرأس أيؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء كانت العقدة مما يلى الصدر أو مما يلى الرأس قال لان المعتبر عندنا قطع الاوداج وقد وجد وذكر ان شيخه كان يفتى به وهذا مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المرىء وأصحابنا رضى الله عنهم وان شرطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع أحدهما عند الكل واذا بقى شئ من عقدة الحلقوم مما يلى الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالاجماع وفى الواقعات لو قطع الاعلى أو الاسفل ثم علم بها فقطع مرة أخرى الحلقوم من قبل أن يموت ينظر فان قطع بتمامه لا يحل لان موته بالاول أسرع منه بالقطع الثانى والا حل وذكر فى فتاوى أهل سمرقند قصاب ذبح شاة فى ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها اهـ قال رحمه الله ﴿والمذبح المرىء والحلقوم والودجان﴾ لما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال أفر الاوداج بما شئت وهى عروق الحلق فى المذبح والمرىء مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس والمراد بالاوداج كلها وأطلق عليه تغليبا وانما قلنا ذلك لان المقصود يحصل بقطعهن وهو ازهاق الروح واخراج الدم لانه بقطع المرىء والحلقوم يحصل الازهاق وبقطع الودجين يحصل انهار الدم ولو قطع الاوداج وهى العروق من غير قطع المرىء والحلقوم لا يموت فضلا عن التوجه فلا بد من قطعهما ليحصل التوجه ولا بد من قطع الودجين أو أحدهما ليحصل انهار الدم وفى المحيط والمرىء وهو مجرى النفس والودجان مجرى الدم والحلقوم مجرى الطعام والشراب ولو حز عنق شاة بسيف من قبل الاوداج وسمى يحل لانه أتى بالذكاة وزيادة وقد أساء لانه جاوز النخاع اهـ قال رحمه الله ﴿وقطع الثلاث كاف﴾ والاكتفاء بالثلاث مطلقا هو قول الامام وقول أبى يوسف أولا وعن أبى يوسف انه يشترط قطع الحلقوم والمرىء واحد الودجين وعن محمد لا بد من قطع الاكثر من كل واحد من هذه الاربعة وأجمعوا أنه يكتفى بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة فأما الحلقوم والمرىء فيخالفان للاوداج وكل واحد منهما مخالف للآخر فلا بد من قطعهم وأبو حنيفة يقول الاكثر يقوم مقام الكل وفى التتمة سئل أبو على عن انتزاع السبع رأس الشاة وفيها حياة هل تحل بالذكاة وان كانت تتحرك ؟ قال رحمه الله ﴿ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم الا سنا وظفرا قائمين﴾ يعنى يكفى فى الحل بما ذكر لقوله عليه الصلاة والسلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ولقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت وما روى من المنع فى الظفر والسن محمول على غير المشروع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اظهارا للجلد والمشروع آلة جارحة فيحصل به المقصود وهو انهار الدم والليطة القصب الفارسى والمروة الحجر الذى له حد والدليل على جواز الذبح بهما ما روى عن عدى ابن حاتم قال قلت يا رسول الله نجد الصيد وليس معنا سكين الا المروة وسقبة العصا فقال عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت واذكر اسم الله رواه البخارى والظفر والسن المنزوع آلة جارحة بخلاف غير المنزوع لان الذبح به يكون بالثقل لا بالآلة اهـ قال رحمه الله ﴿وندب حد شفرته﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم وغيره ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لقوله عليه الصلاة والسلام لمن اضجع الشاة وهو يحد شفرته لقد أردت أن تميتها موتتين هلا حددتها قبل أن تضجعها الحديث والآلة على ضربين قاطعة وغير قاطعة والقاطعة على ضربين حادة وكليلة فالحادة اختيارية وضرورية فالحادة يجوز الذبح بها من غير كراهة والكليلة يجوز الذبح بها ويكره لما فيه من الابطاء فى الاراقة كذا فى المحيط قال رحمه الله ﴿وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفا﴾ النخع هو ان يصل الى النخاع وهو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة وهو بالفتح والضم لغة فيه قال فى النهاية ومن قال هو عرق أبيض فقد سها واعترضه صاحب العناية أن من سمى بما ذكر لم يغلط لان أهل اللغة ذكروه بلفظ الخيط وانما كره لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وفى قطع الرأس زيادة تعذيب فيكره ويكره ان يجر ما يريد ذبحه وان يسلخ قبل ان يبرد ويؤكل فى جميع ذلك لان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم فلا يوجب الحرمة ويكره ان يذبحها موجهة لغير القبلة لمخالفة السنة فى توجيهها للقبلة وتؤكل وفى الذبح من القفا زيادة ألم فيكره ويحل لما ذكرنا اذا بقيت حية حتى يقطع العروق لتحقق الموت بالذكاة وان ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة قال رحمه الله ﴿وذبح صيد استأنس وجرح

نعم

نعم توحش أوتردى فى بئر ﴾ الواو عاطفة على قوله وحل ذبيحة مسلم وذبح صيد يعنى وحل أكل صيد استأنس بالذبح وهو الذكاة الاختيارية لقدرته عليها وحل أكل نعم توحش أوتردى بالجرح لعجزه عن الذكاة الاختيارية هذا اذا علم أنه مات من الجرح وان علم أنه لم يمت من الجرح لم يؤكل فان أشكل ذلك أكل لان الظاهر الموت به وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخاف موتها صارت ذكاتها بالجرح وفى الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى فشمل ما اذا كان فى المصر والصحراء وعن محمد ان الشاة اذا ندت فى المصر لا تحل بالعقر وان ندت فى الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن الذكاة الاختيارية وفى البقر والابل يتحقق العجز سواء ندت فى المصر أو فى الصحراء فتحل بالعقر والصائل كالناد اذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته وسمى حل أكله خلافا لمالك ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام كان فى سفر فند بعير من الابل ولم يكن معهم حبل فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها فافعلوا به هكذا رواه البخارى ومسلم ولانه قد تحقق العجز عن الذكاة الاختيارية فصار الى البدل وفى النوازل لو أن بقرة تعسر عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله وان جرحها فى غير موضع الذبح اذا كان لا يقدر على ذبحه يحل وان كان يقدر لا يحل اه وفى المحيط فان أصاب قرنه أو ظفره أو حافره فان أدماه ووصل للحم حل أكله والا فلا لان الذكاة تصرف فى محل الحياة وان أبان عنه غير الرأس فمات يؤكل كله الا ما أبان من الحى فهو ميت ولا يظهر فيه حكم ولا كذلك اذا بان الرأس لانه لا يتصور حياة الجسد مع ابانة الرأس وان تعلق منه جلدة فان كان يلتئم ويندمل لو ترك حل أكله والا فهو مبان ولو قطع الصيد نصفين طولا وعرضا حل ولو أبان طائفة من الناس البدن ان كان أقل من النصف لا يحل المبان وان كان النصف يحل كلاهما اه قال رحمه الله ﴿وسن نحر الابل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل﴾ وانما كان هذا الفعل مسنونا لانه هو المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى فصل لربك وانحر قالوا المراد نحر الجزور وفى البقر والغنم الذبح أيسر وفى الابل النحر أيسر وانما كره العكس لترك السنة والنحر قطع العروق فى أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق من أعلى العنق تحت اللحيين وفى الجامع الصغير والسنة فى النحر ان ينحر قائما وفى الشاة والبقر ان تذبح مضجعة اه وفيه أيضا ولا باس بالذبح فى الحلق كله أسفله وأوسطه وأعلاه لان ما بين اللبة واللحيين هو الحلق ولان كله مجتمع العروق فصار حكم الكل واحدا فان قلت هذا ينافى ما تقدم من التقييد قلنا الا لان النحر فى أسفله قال رحمه الله ﴿ولم يذك جنين بذكاة أمه﴾ يعنى لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند الامام وزفر والحسن رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة أخر اذا تم خلقه حل أكله بذكاتها لقوله عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولقوله عليه الصلاة والسلام لما قيل له انا ننحر الناقة ونذبح الشاة وفى بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله قال كلوه ان شئت فان ذكاته ذكاة أمه ولانه جزء من أمه حقيقة لكونه متصلا بها وحكما حتى يدخل فى الاحكام الواردة على الام من البيع والهبة والعتق وللامام قوله تعالى ان الله حرم الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة والجنين مات حتف أنفه فيحرم بالكتاب ويكره ذبح الشاة اذا تقارب ولادتها لانه يضيع ما فى بطنها الدجاجة اذا تعلقت فرماها وأصابها ينظر ان كان لا يهتدى الى منزله حل أكله لانه عجز عن الذكاة الاختيارية وان كان يهتدى ذكر الفقيه أبو الليث ان أصاب المذبح حل وان أصاب غيره فعند محمد لا يحل وعن غيره يحل اه والله تعالى أعلم

﴿فصل فيما يحل ومالا يحل﴾ لما ذكر أحكام الذبائح شرع فى تفصيل المأكول منها وغير المأكول اذ المقصود الاصلى من شرع الذبائح التوصل الى الاكل وقدم الذبح لانه وسيلة الشئ تقدم عليه فى الذكر قال رحمه الله ﴿ولا يؤكل ذو ناب ولا مخلب من سبع وطير﴾ يعنى لا يحل أكل ذى ناب من سباع البهائم وذى مخلب من سباع الطير لما روى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل ذى ناب ومخلب من سبع وطير رواه مسلم والجماعة والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة والمراد بذى المخلب ماله مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك أن المراد بذى مخلب هو سباع الطير لا كل ماله مخلب وهو الظفر كما أريد به فى ذى ناب من سباع البهائم لا كل ماله ناب ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شئ من طباعها فيحرم اكراما لبنى آدم وهو نظير ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يغذى ويدخل فى الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا وماروى أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلها محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل

أيضا لانه ذو ناب واليربوع وابن عرس من سباع الهوام والرخمة والبغاث لانهما يأكلان الجيف والرخم جمع رخمة وهو طائر أبقع يشبه النسر فى الخلقة يقال له الانوق والبغاث طائر الى الغبرة دون الرخم بطىء الطيران كذا فى الصحاح قال والسباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والفيل والقرد واليربوع وابن عرس والسنور الاهلى والبرى ومن الطير الصقر والباز والعقاب والنسر والشاهين اه قال رحمه الله ﴿وحل غراب الزرع﴾ لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث قال رحمه الله ﴿لا الابقع الذى يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الاهلية والبغل﴾ يعنى هذه الاشياء لا تؤكل أما الغراب الابقع فلأنه يأكل الجيف فصار كسباع الطير والغراب ثلاثة أنواع نوع يأكل الجيف فحسب فانه لا يؤكل ونوع يأكل الحب فحسب فانه يؤكل ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند الامام وهو العقعق لانه يأكل الدجاج وعن أبى يوسف أنه يكره أكله لانه غالب أكله الجيف والاول أصح قال فى النهاية ذكر فى بعض المواضع ان الخفاش يؤكل وذكر فى بعضها أنه لا يؤكل لان له نابا وأما الضبع فلما روينا ولانه يأكل الجيف فيكون لحمه خبيثا وأما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلأنها من الخبائث وقد قال تعالى ويحرم عليكم الخبائث وما روى من الاباحة محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لانه لم يكن محرما فى الابتداء الا ثلاثة أشياء على ما قال الله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الى آخر الآية ثم حرم بعد ذلك أشياء وأما الحمر الاهلية فلما روى البخارى رحمه الله تعالى حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية وأما البغل فلأنه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا فعلى الخلاف المعروف فى الخيل لان المعتبر هو الام قال رحمه الله ﴿وحل الارنب﴾ لانه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدى اليه مشويا رواه أحمد والنسائى ولانه ليس من السباع ولا يأكل الجيف فأشبه الظبى قال رحمه الله ﴿وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده الا الآدمى والخنزير﴾ وقال الشافعى رحمه الله تعالى الذكاة لا تؤثر فى جميع ذلك لان أثر الذكاة فى اباحة اللحم أصل وفى طهارته وطهارة الجلد تبع ولا تبع بدون الاصل فصار نظير ذبح المجوس ولنا أن الذكاة مؤثرة فى ازالة الرطوبات النجسة فاذا زالت طهرت كما فى الدباغ وهذا الحكم مقصود فى الجلد كالتناول فى اللحم وفعل المجوسى غير معتد به فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه أيضا حتى لو وقع فى الماء القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به لغير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب فانه ينتفع به فى غير الاكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والآدمى لكرامته وفى رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقدمر فى كتاب الطهارة اه قال رحمه الله ﴿ولا يؤكل مائى الا السمك غير طاف﴾ وقال مالك رحمه الله تعالى يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والآدمى وعن الشافعى رحمه الله تعالى أباح ذلك كله وقال صاحب الهداية والخلاف فى الاكل والبيع واحد وينبغى أن يجوز بيعه بالاجماع لطهارته لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل ولانه لا دم فى هذه الاشياء لان الدموى لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك وروى جابر أنهم أصابهم جوع شديد فى الغزو فألقى البحر حوتا ميتا يقال له العنبر فأكلنا منه نصف شهر قال فلما قدمنا المدينة وذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوا رزقا أخرجه الله لكم أطعمونا ان كان معكم الحديث ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وهذا منها قال فى النهاية ان كراهة الخبائث تحريمية وما سوى السمك خبيث ونهى عليه الصلاة والسلام عن دواء اتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والميتة المذكورة فيما تلى محمولة على حالة الاضطرار وهو مباح فلا يحل أكله والميتة والذكاة فيهما سواء وقوله عليه الصلاة والسلام أحل لنا ميتتان السمك والجراد ودمان الكبد والطحال لا دليل لهم فى هذا الحديث لان المراد بالميتة ما ألقاه البحر حتى يكون موته مضافا الى البحر ولا يتناول ما مات فيه بمرض أو نحوه وأما الطافى فيكره أكله لقول جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفى فلا تأكلوه وهو حجة على مالك فى اباحة الطافى فالاصل فى هذا ما عرف سبب موته كلفظ البحر أو بحبسه فى مكان كالحظيرة الصغيرة بحيث يمكن أخذه من غير حيلة أو ابتلاع سمكة أو بقتل طير الماء اياها أو اجماد الماء عليها حل أكلها لان سبب موتها معلوم ولو ماتت من شدة حر الماء أو برده أو انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد ان كان رأسه على الماء لا يؤكل وان كان ذنبه فى الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لان خروج رأسه من الماء سبب لموته فكان معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله أن الشرط فيه ان يعلم سبب موته حتى لو أبان عضوا يضره فانه يؤكل ويؤكل العضو أيضا قال رحمه الله ﴿وحل بلا ذكاة كالجراد﴾ يعنى يحل السمك بلا ذكاة كالجراد لما روينا قال رحمه الله ﴿ولو

ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حل والا لا ان لم يدر حياته ﴾ لان الحياة أو خروج الدم لا يكونان الامن الحى لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما دليل الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم تتحرك لا تحل لان الدم لا يجمد عند الموت فيجوز بخروج الدم وهذا سيأتى فى المنخنقة والمتردية والنطيحة والتى بقر الذئب بطنها لان ذكاة هذه الاشياء تحلل وان كانت حياته خفية فى ظاهر الرواية لقوله تعالى الا ماذكيتم وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنها تحل اذا كانت بحال تعيش يوما ولولا الذكاة وعن الثانى ان كان لا يعيش مثلها لا تحل وعن محمد ان كانت بحال يعيش فوق مايعيش المذبوح حل والا فلا ولو ذبح شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان ضمته تؤكل وان فتحت عينها لا تؤكل وان ضمت عينها أكلت وان مدت رجلها لا تؤكل وان ضمتها تؤكل وان قام شعرها تؤكل وان نام لا تؤكل وهذا صحيح لان الحيوان يسترخى بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخاء وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليس باسترخاء بل حركات تختص بالحى فتدل على الحياة وفى السراجية اذا شق الذئب بطن الشاة ولم يبق فيها من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح بعد الذبح فذبحت حلت وعليه الفتوى اه ولو ذبحت شاة على سطح فوقعت فماتت تحل لانها صارت مذكاة بقطع محل الذكاة كذا فى المحيط وفيه أيضا اذا شق الذئب بطن الشاة ان كان فيها حياة مستقرة حلت بالاجماع والا لا سواء عاش أولم يعش عند الامام وهو الصحيح وعليه الفتوى اه قال رحمه الله ﴿وان علم حياته حل وان لم تتحرك ولم يخرج الدم﴾ يعنى اذا علم حياة الشاة وقت الذبح حلت بالذكاة تحركت أولا خرج منها دم أولا كذا فى المحيط والله تعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب الاضحية﴾

أورده عقب الذبائح لانها ذبيحة خاصة والذبائح عام والخاص بعد العام وتعقب بأنهم ان أرادوا أن الخاص بعد العام فى الوجود فهو ممنوع لانه تقرر أن لا وجود للعام الا فى ضمن الخاص وان أرادوا فى التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تميز الذاتى من العرضى انما يتعسر فى الحقائق النفسانية وأما فى الامور الوضعية والاعتبارية كما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا فى مفهوم شئ يكون ذاتياله ويكون تصوّر ذلك الشئ تصوّراله بالكلية ولاشك أن معنى الذبح داخل فى معنى الاضحية فتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التعريف على اختيار الشق الثانى وهو فى اللغة كما فى النهاية شاة نحرها تذبح فى يوم الاضحية ولا يخالفه ما فى القاموس والصحاح من أنها شاة من غير لفظ نحرها لان لفظ النحر مراد بدليل الاضحية وتجمع على أضاحى بالتشديد ويقال أضحية وضحايا كهدية وهدايا ويقال أضحاة وتجمع على أضحى وعند الفقهاء كما فى النهاية اسم لحيوان مخصوص وهى الشاة فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضأن تذبح بنية القربة فى يوم مخصوص اه ولها شرائط وجوب وشرائط أداء وصفة فالاول كونه مقيما موسرا من أهل الامصار والقرى والبوادى والاسلام شرط وأما البلوغ والعقل فليسا بشرط حتى لو كان للصغير والمجنون مال فانه يضحى عنه أبوه وأما شرائط أدائها فمنها الوقت فى حق المصرى بعد صلاة الامام والمعتبر مكان الاضحية لا مكان المضحى وسببها طلوع فجر يوم النحر وركنها ذبح ما يجوز ذبحه وسيأتى الكلام فى صفتها واعلم أن القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق والاضحية وفى الاضحية اجتمع المعنيان فانه يتقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم فيكون تمليكا اه قال رحمه الله ﴿تجب على حر مسلم موسر مقيم عن نفسه لا عن طفله شاة أو سبع بدنة فجر يوم النحر الى آخر أيامه﴾ يعنى صفتها أنها واجبة وعن أبى يوسف أنها سنة وذكر الطحاوى أنها سنة على قول أبى يوسف ومحمد وهو قول الشافعى لهم قوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم هلال ذى الحجة وأراد أحدكم أن يضحى فليمسك عن شعره وأظفاره رواه مسلم وجماعة أخر والتعليق بالارادة ينافى الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان بالعبادة المالية ودليل الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح فلا يقرب مصلانا رواه أحمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانه عليه الصلاة والسلام أمر باعادتها من قوله من ضحى قبل الصلاة فليعد الاضحية وانما لا تجب على المسافر لان أداءها مختص باسباب تشق على المسافر وتفوت بمضى الوقت فلا يجب عليه شئ لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يفوتان بمضى الزمان فلا يخرج وأما العتيرة فذبيحة تذبح فى رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والاسلام فى الصدر

الاول ثم نسخ فى الاسلام كذا فى الاصل وفى المحيط ولو اشترى الفقير شاة فضحى بها ثم أيسر فى آخر أيام النحر قيل عليه أن يعيدها وقيل لا ولو افتقر فى أيام النحر سقطت عنه وكذا الوموات ولو بعدها لم تسقط كذا فى المحيط قيد بالحر لانه عبادة مالية فلا تجب على العبد لانه لا يملك ولو ملك و بالاسلام لانها عبادة والكافر ليس بأهل لها و باليسار لانها لا تجب الا على القادر وهو الغنى دون الفقير ومقدار ما تجب فيه صدقة الفطر وقدمر بيانه قال فى العناية أخذا من النهاية وهى واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الزكاة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة فلا يقال لا أدنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما فى صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحى اذا تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعنى التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية وفى المحيط لو زكى نصابه ثم مر عليه أيام النحر ونصابه ناقص عليه الاضحية ولا يعد فقيرا باداء الزكاة فى هذه السنة لان قدر المؤدى يعد قائما شرعا ولو انتقص فى أيام النحر بغير الزكاة سقطت عنه الاضحية لان المؤدى لا يعد قائما حكما فيعد فقيرا وقوله عن نفسه لانه أصل فى الوجوب عليه وقوله لا عن طفله يعنى لا يجب عليه عن أولاده الصغار لانها عبادة محضة بخلاف صدقة الفطر والاول ظاهر الرواية وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه من ماله أو وصيه من ماله عند أبى حنيفة وقال محمد وزفر والشافعى رحمهم الله تعالى من مال الاب لان الاراقة اتلاف والاب لا يملكه فى مال الصغير كالاعتاق والاصح أنه يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكن ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه كذا ذكره صاحب الهداية وفى الكافى الاصح أنه لا يجب ذلك وليس للاب أن يفعله من مال الصغير وقوله شاة أو سبع بدنة بيان للقدر الواجب والقياس أن لا يجوز البدنة كلها الا عن واحد لان الاراقة قربة لا تتجزأ الا أنا تركناه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضى الله تعالى عنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص فى الشاة فبقى على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو أربعة أو ثلاثة ذكره فى الاصل لانه لما جاز عن سبعة فما دونها أولى ولا يجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من سبع بدنة لا يجوز عن الكل لان بعضه اذا خرج عن كونه قربة خرج كله ويجوز عن اثنين نصفا فى الاصح واذا جاز عن الشركة يقسم اللحم بالوزن لانه موزون واذا قسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شئ آخر من الاكارع والجلد كالبيع لان القسمة فيها معنى المبادلة ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى ثم اشترك فيها معه ستة أجزأه استحسانا والقياس لا يجزئ وهو قول زفر لانه أعدها قربة فيمتنع بيعها وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركاء وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب الشركاء ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعا والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء وعن الامام مثل قول زفر قال القدورى الواجب على مراتب بعضها آكد من بعض ووجوب سجدة التلاوة آكد من وجوب صدقة الفطر وصدقة الفطر وجوبها آكد من وجوب الاضحية وفى الخانية الموسر فى ظاهر الرواية من له مائتا درهم أو عشرون دينارا أو ما بلغ ذلك سوى مسكنه ومتاعه ومركبه وخادمه الذى فى حاجته وفى الاصل ولو جاء يوم الاضحية ولا مال ثم استفاد مائتى درهم ولا دين عليه فعليه الاضحية ولو كان له عقار ملك قيمة ٧ العقار مائتا درهم والزعفرانى والفقيه على الرازى اعتبرا القيمة وأوجبا الاضحية ولو كان له أرض يدخل عليه منها قوت السنة فعليه الاضحية حيث كان القوت يكفيه ويكفى عياله وان كان لا يكفيه فهو معسر وان كان العقار وقفا ينظر ان وجب له فى أيام النحر قدر مائتى درهم فعليه الاضحية والا فلا وروى ابن سماعة عن محمد عن الامام وعنه أنه لا يجب الا اذا زاد على مائتين والمرأة تعتبر موسرة بالمهر اذا الزوج مليا عندهما وعند الامام لا تعتبر ملية بذلك وان كان خباز عنده حنطة قيمتها مائتا درهم فعليه الاضحية وان كان عنده مصحف قيمته مائتا درهم وهو ممن يحسن القراءة فيه فلا أضحية عليه سواء كان يقرأ فيه أو لا يقرأ فيه وان كان لا يحسن أن يقرأ فيه فعليه الاضحية وفى الكافى عن الحسن عن الامام يجب عليه أن يضحى عن ولده وولد ولده الذى لا أب له والفتوى على أنه لا يجب عليه وذكر الصدر الشهيد فى شرح الاضاحى عن الزعفرانى فيما اذا ضحى الاب عن الصغير من ماله

فعلى قول محمد وزفر يجب الضمان عليه وعلى قول الامام أبى يوسف لا يضمن ومثله الوصى وفى الينابيع والمعتوه والمجنون بمنزلة الصبى والذى يجن و يفيق كالصحيح ولو كان المجنون موسرا يضحى عنه وليه من ماله فى الروايات المشهورة وروى أن الاضحية قبل أن يضحى بها لا تجب فى مال المجنون وفى المنتقى اشترى شاة ليضحى بها فمات فى أيام الاضحية قبل أن يضحى بها فله أن يبيعها ومن كان غائبا عن ماله فى أيام الاضحية فهو فقير ولا يخفى ان الاضحية تصير واجبة بالنذر فلو قال كلاما نفسيا لله على أن أضحى بهذه الشاة ولم يذكر بلسانه شيأ فاشترى شاة بنية الاضحية ان كان المشترى غنيا لا تصير واجبة باتفاق الروايات فله أن يبيعها و يشترى غيرها وان كان فقيرا ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده فى ظاهر الرواية تصير واجبة بنفس الشراء وروى الزعفرانى عن أصحابنا لا تصير واجبة وأشار اليه شمس الائمة السرخسى فى شرحه واليه مال شمس الائمة الحلوانى فى شرحه وقال انه ظاهر الرواية ولو صرح بلسانه والمسئلة بحالها تصير واجبة بشراء نية الاضحية ان كان المشترى فقيرا وفى الخانية اشترى شاة للاضحية ثم باعها واشترى أخرى فى أيام النحر فهذا على وجوه ثلاثة الاول اشترى شاة ينوى بها الاضحية لا تصير أضحية مالم يوجبها بلسانه و به أخذ أبو يوسف و بعض المتأخرين وفى الكبرى قال ان فعلت كذا فلله على أن أضحى لا يكون يمينا رجل اشترى أضحيته وأوجبها فضلت ثم اشترى أخرى فاوجبها ثم وجد الاولى ان كان أوجب الثانية بلسانه فعليه أن يضحى بهما وان أوجبها بدلا عن الاولى فعليه أن يذبح أيهما شاء ولم يفصل بين الفقير والغنى وفى فتاوى أهل سمرقند الفقير اذا أوجب شاة على نفسه هل يحل له أن يأ كل منها قال بديع الدين نعم وقال القاضى برهان الدين لا يحل وفى فتاوى أهل سمرقند الفقير اذا اشترى شاة للاضحية فسرقت فاشترى مكانها ثم وجد الاولى فعليه أن يضحى بهما ولو ضلت فليس عليه أن يشترى أخرى مكانها وان كان غنيا فعليه أن يشترى أخرى مكانها وفى الواقعات له مائتا درهم فاشترى بعشرين درهما أضحية يوم الثلاث وهلكت يوم الاربعاء وجاء يوم الخميس الاضحى ليس عليه أن يضحى لفقره يوم الاضحى وفى الفتاوى العتابية اذا انتقص نصابه يوم الاضحى سقط عنه الزكاة وعن ابن سلام وكل رجلين أن يشترى كل منهما أضحية فاشتريا يجب عليه أن يضحى بهما وفى المحيط ولو اشترى شاتين للاضحية فضاعت احداهما فضحى بالثانية ثم وجدها فى أيام النحر فلا شئ عليه لانه لم يتعين أحدهما وأيهما ضحى بها فهى المعينة ولو ضحى الفقير ثم أيسر أعاد فى رواية واذا اشترى شاة للاضحية ثم باعها جاز البيع وفى الاصل رجل أوجب على نفسه عشر أضاح قالوا لا يلزمه الا شاتان قال الصدر الشهيد فى واقعاته والظاهر أنه يجب الكل وفى الظهيرية والصحيح أنه يجب الكل وفى الحاوى ولو اشترى شاة ولم يرد ان يضحى بها بل للتجارة ثم نوى ان يضحى بها ومضى أيام النحر لا يجب عليه أن يتصدق بها وعن محمد بن سلمة لو ضحى بشاتين لا تكون الاضحية الا واحدة وفى المحيط الاصح أن تكون الاضحية بهما وعن الحسن عن أبى حنيفة لا بأس بالاضحية بالشاة أو بالشاتين قال الفقيه و به نأخذ وفى الاصل الناذر لا يأ كل مما نذره ولو أ كل فعليه قيمة ما أ كل وفى اضاحى الزعفرانى ان قال لله على ان أضحى بشاة فى أيام النحر فان كان موسرا فعليه ان يضحى بشاتين الا ان يعين بالايجاب ما يجب عليه فان كان فقيرا فعليه شاة وفى السراجية اذا قال لله على ان أضحى بشاة فضحى ببدنة أو ببقرة جاز اهـ وفى الشارح اذا نذر وأراد بها الواجب عليه لا يلزمه غيرها وان أراد الواجب بسبب الغنى يلزمه غيرها اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يذبح مصرى قبل الصلاة و يذبح غيره﴾ يعنى لا يجوز لاهل المصر ان يذبحوا الاضحية قبل ان يصلوا صلاة العيد و يجوز لاهل القرى والبادية ان يذبحوا بعد صلاة الفجر قبل ان يصلى الامام صلاة العيد والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل صلاة الامام فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد صلاة الامام فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين قال صاحب النهاية هذا يشير الى ماذكر فى المبسوط حيث قال لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت وقال عليه الصلاة والسلام أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية وهذا ظاهر فى حق من عليه الصلاة فبقى غيره على الاصل فيذبح بعد طلوع الفجر وهو حجة على الشافعى ومالك فى نفيهما الجواز بعد صلاة العيد قبل نحر الامام والمعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر وفى العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصرى اذا أراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فى موضع يجوز للمسافر ان يقصر فيضحى فيه كما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وانما أخرت فى حق المصر لما ذكرنا ولانها تشبه الزكاة فيعتبر فى الاداء مكان المحل وهو المال لا مكان الفاعل بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لانها تتعلق بالذمة والمال ليس بمحل لها ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد قبل ان يصلى أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة ولو ذبح بعد ما قعد الامام قدر التشهد قبل ان يسلم لم يجز خلافا للحسن وفى المراد لو

ضحى بعد ان تشهد قبل ان يسلم الامام جازت الاضحية وفى العتابية وهو الاصح من غير اساءة وفى غيره وهو المختار ولو ضحى قبل ان يتشهد الامام لم يجز عندنا وفى رواية جاز وقد أساء والاول أصح وفى الاجناس لو صلى الامام صلاة العيد على غير طهارة ولم يعلموا حتى عاد وذبح الناس جاز عن أضحيتهم ولو علموا قبل ان يتفرقوا تعاد الاضحية وقيل لا تعاد والاول هو المختار والمأخوذ به ومتى علم الامام ذلك ونادى بالصلاة ليعيدها فمن ذبح قبل ان يعلم ذلك الامام أجزأه ومن ذبح بعد العلم قبل الزوال لا يجوز وان ذبح بعد الزوال جاز ولو لم يصل الامام صلاة العيد فى اليوم الاول أخروا الاضحية الى الزوال ثم ذبحوا ولا تجزيهم التضحية اذا لم يصل الامام الا بعد الزوال وكذا فى اليوم الثانى الحكم كالاول كذا فى المحيط وذكر فيه أيضا أن التضحية فى الغد تجوز قبل الصلاة لانه فات وقت الصلاة بزوال الشمس فى اليوم الاول والصلاة فى الغد تقع قضاء لا أداء فلا يظهر هذا فى حق الاضحية وقال هكذا ذكر القدورى فى شرحه ولو صلى ثم تبين أنه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية ولو وقع أنه فى بلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلى بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر أجزأهم ولو شهدوا عند الامام أنه يوم العيد فضحى بعد الصلاة ثم انكشف أنه يوم عرفة أجزأهم الصلاة والتضحية لانه لا يمكن الاحتراز عن مثل هذا ووقتها ثلاثة أيام أولها أفضلها ويجوز الذبح فى لياليها الا أنه يكره لاحتمال الغلط فى الظلمة وايام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل تمضى بمضى أربعة أيام أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمنها لانها تقع واجبة ان كان غنيا وسنة ان كان فقيرا والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هى أفضل لانها تفوت بفوات أيامها ولو لم يضح حتى مضت أيامها وكان غنيا وجب عليه ان يتصدق بالقيمة سواء اشتراها او لم يشترها وان كان فقيرا فان كان اشتراها وجب عليه التصدق بها ولو ذبح بعد الزوال يوم عرفة وهو يرى أنه يوم عرفة ثم ظهر أنه يوم النحر يجزيه وفى سائر الاوقات جعل الليل سابقا على النهار الا فى يوم عرفة فهى متأخرة عنها وليلة النحر الاول هى ليلة النحر الثانى وليلة النحر الثانى هى ليلة النحر الثالث وليلة النحر الثالث هى ليلة الفجر الثالث عشر حتى يجوز الذبح فيها قبل طلوع الفجر كذا فى المحيط وفى النوازل الامام اذا صلى العيد يوم عرفة وضحى الناس فهذا على وجهين اما ان يشهد عنده الشهود أولا بانه يوم النحر ففى الاول تجوز الصلاة والاضحية وفى الثانى لا تجوز ولو شكوا فى يوم النحر فصلى بهم الامام وضحوا ثم علموا فى الغد أنه يوم عرفة فان عليه اعادة الصلاة والاضحية جميعا وفى العتابية شهدوا بعد الزوال أنه يوم النحر ضحوا وان شهدوا قبل الزوال لم يجز الا اذا زالت وفى التجريد لو صلى ولم يخطب جاز الذبح وفى الكبرى مصرى وكل وكيلا بانه يذبح شاة له وخرج الى السواد فاخرج الوكيل الاضحية الى موضع لا يعد من المصر وذبحها هناك فان كان الموكل فى السواد جازت الاضحية وان كان عاد الى المصر وعلم الوكيل بقدومه لم تجز الاضحية عن الموكل بلا خلاف وان لم يعلم بعود الموكل الى المصر فكذا عن محمد وعند أبى يوسف يجوز وهو المختار اه وفى المحيط ولو ذبح بعد ما صلى أهل الجبانة قبل ان يصلى أهل المسجد يجوز قياسا واستحسانا اه قال رحمه الله ﴿ويضحى بالجماء﴾ التى لا قرن لها يعنى خلقة لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن بل أولى قال رحمه الله ﴿والخصى﴾ وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى هو أولى لان لحمه أطيب وقد صح انه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين موجوأين الاملح الذى فيه ملحة وهو البياض الذى فيه شعيرات سود وهو من لون الملح والموجوء المخصى من الوجء وهو ان يضرب عروق الخصية بشىء وفى المحيط وتجوز الجرباء وفى الحاوى وتجوز الجرباء اذا كانت سمينة اه قال رحمه الله ﴿والتولاء﴾ وهى المجنونة لانه لا يخل بالمقصود اذا كانت تعتلف فان كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز لانه لا يخل بالمقصود قال ولا يجوز بالهتماء التى لا اسنان لها ان كانت لا تعتلف وان كانت تعتلف جاز هو الصحيح ولا الجلالة التى تأكل العذراء ولا تأكل غيرها ولا مقطوعة الضرع ولا التى لا تستطيع ان ترضع ولدها ولا التى ييبس ضرعها ولا مقطوعة الانف والذنب والطرف كذا فى المحيط قال رحمه الله ﴿لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء﴾ أى التى لا تمشى الى المنسك أى المذبح لما روى عن البراء بن عازب أنه عليه الصلاة والسلام قال أربع لا تجوز فى الاضاحى العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء البين ضلعها والكسيرة التى لا تنقى رواه أبو داود والنسائى وجماعة أخر وصححه الترمذى وفى الحاوى قال مشايخنا العرجاء التى تمشى بثلاثة قوائم وتجافى الرابع عن الارض لا تجوز الاضحية بها وان كانت تضع الرابع على الارض وتستعين به الا انها تتمايل مع ذلك وتضعه وضعا خفيفا يجوز وان كانت ترفعه رفعا أو تحمل المنكسر لا تجوز وفى الخانية وكذا الحولاء التى فى عينها حول ولا تجوز المنفخسة العين وهى التى غارت عينها اه قال رحمه الله ﴿ومقطوعة أكثر الاذن أو الذنب أو العين أو الالية﴾ لقول على

رضى الله تعالى عنه أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن وان لا نضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء رواه أبو داود والنسائى وغيرهما وصححه الترمذى المقابلة قطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من مؤخر اذنها والشرقاء ان يكون الخرق فى اذنها طويلا والخرقاء ان يكون عرضا وان بقى أكثر الاذن جاز وكذا أكثر الذنب لان للا كثر حكم الكل بقاء وذهابا وهذا لان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان الثلث اذا ذهب و بقى الثلثان يجوز وان ذهب أكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير اجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا و يروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكل وقال أبو يوسف ومحمد اذا بقى أكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة وهو اختيار أبى الليث وقال أبو يوسف أخبرت بقولى أبا حنيفة فقال قولى هو قولك قيل هو رجوع الى قول أبى يوسف وقيل معناه قولى قريب من قولك وفى كون النصف مانعا روايتان عنهما وتأويل ماروينا اذا كان بعض الآذان مقطوعا على اختلاف الروايات لان مجرد الشق من غير ذهاب شئ من الاذن لا يمنع ثم فى معرفة مقدار الذاهب والباقى يتيسر فى غير العين وفى العين قال تسد عينها المعيبة بعد ان جاعت ثم يقرب اليها العلف قليلا قليلا فاذا رأته فى موضع علم ذلك الموضع ثم تسد عينها الصحيحة و يقرب العلف اليها شيأ فشيأ حتى اذا رأته من مكان علم عليه ثم ينظر ما بينهما من التفاوت فان كان نصفا أو ثلثا أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر وفى الشرح ولو أوجب الفقير على نفسه أضحية بغير عينها فاشترى أضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط عنه الواجب لانه وجب عليه أضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر ولو كانت معينة وقت الشراء جاز ذبحها لما ذكرنا ولو أضجعها ليذبحها فى يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأته استحسانا ولو بقيت فى هذه الحالة فانقلبت ثم أخذها من فورها وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابى يوسف وفى الخانية عشرة من الرجال اشتروا من رجل عشرة شياه جملة واحدة فصارت العشرة شركة بينهم فأخذ كل واحد منهم شاة وضحى بها عن نفسه جاز فاذا ظهر منها شاة عوراء وأنكر كل واحد من الشركاء ان تكون العوراء له لا تجوز أضحيتهم اهـ قال رحمه الله ﴿والاضحية من الابل والبقر والغنم﴾ لان جواز التضحية بهذه الاشياء عرفت شرعا بالنص على خلاف القياس فيقتصر على ما ورد وتجوز بالجاموس لانه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا تجوز الاضحية به لان جوازها عرف بالشرع وفى البقر الاهلى دون الوحشى والقياس يمتنع وفى المتولد منها تعتبر الام وكذا فى حق الحل تعتبر الام اهـ قال رحمه الله ﴿وجاز الثنى من الكل والجذع من الضان﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه البخارى ومسلم وأحمد وجماعة أخر وقال عليه الصلاة والسلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن رواه أحمد وقال عليه الصلاة والسلام يجوز الجذع من الضأن أضحية رواه أحمد وابن ماجه وقالوا هذا اذا كان الجذع عظيما بحيث لو خلط بالثنيات لا يشتبه على الناظرين والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر عند الفقهاء وذكر الزعفرانى انه ابن سبعة أشهر والثنى من الضأن والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين وفى المغرب الجذع من البهائم قبل الثنى الا انه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة فى السنة الثانية ومن الخيل فى الرابعة وعن الزهرى الجذع من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر وفى الظهيرية ولو ان رجلين ضحيا بعشر من الغنم بينهما لم تجز ولو اشترك سبعة نفر فى خمس بقرات جاز وان اشترك ثمانية نفر فى سبع بقرات لم يجز وكذا عشرة وأكثر اهـ قال رحمه الله ﴿وان مات أحد السبعة وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وان كان شريك الستة نصرانيا أومريد اللحم لم تجز عن واحد منهم﴾ ووجه الفرق ان البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة واختلاف الجهات فيما لا يضر كالقران والمتعة والاضحية لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الاول لان الأضحية من الغير عرفت قربة لأنه صلى الله عليه وسلم ضحى عن أمته ولم توجد القربة فى الوجه الثانى لان النصرانى ليس من أهلها ولو اشترك اثنان فى بقرة أو بعير لا يجوز فى الاضحية لانه يكون لواحد منهم ثلاثة أسهم ونصف والنصف لا يجوز فى الاضحية والاصح انه يجوز لان النصف يصير قربة بطريق التبع لغيره شاتان بين رجلين ذبحاهما عن نسكهما أجزأهما بخلاف العبد بين اثنين اعتقاهما عن كفارتيهما لا يجوز لان فى الشاتين أمكن جمع كل واحد منهما فى شاة ولا كذلك الرقيق اشترك ثلاثة فى بقرة لواحد ثلاثة اسباعها ومات وترك ابنا وبنتا صغارا وترك سمائة درهم مع حصة البقرة فضحى الوصى عنهم بحصة الميت من البقرة لا يجوز عنه لان نصيب البنت لحم لانها فقيرة أصابها من ميراث الاب أقل من مائتى درهم ولو اشترك خمسة فى بقرة فاشترك

أربعة منهم رجلا فى البقرة تجوز الأضحية عنهم لان الشركاء أربعة لكل واحد منهم خمسة فتصير الأربعة عشرين وقد جعلوا من
انصبائهم أربعة والاربعة من عشرين أكثر من السبع ولو كانوا ستة فاشرك خمسة واحدا وأبى الواحد لم تجز أضحيتهم لان
نصيبه أقل من السبع لان أصل حسابه ستة وثلاثون كل واحد ستة فيكون للخمسة ثلاثون وقد جعلوها ستة لكل واحد خمسة
وخمسة من ستة وثلاثين أقل من السبع كذا فى المحيط وكذا قصد اللحم من المسلم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة خرج الكل
من أن يكون قربة لأن الاراقة لا تتجزأ وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز ٧ وهو رواية عن أبى يوسف لانه تبرع بالاتلاف
فلا تجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق لما رويناه بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء
للميت ولو كان بعض الشركاء صغيرا أو أم ولد بان ضحى عن الصغير أبوه أو عن أم الولد مولاها ولم يجب عليهما جاز لان كلها
وقعت قربة ولو ذبحوها بغير اذن الورثة فيما اذا مات أحدهم لا تجزيهم لان بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الاذن
من الورثة وفى فتاوى أبى الليث اذا ضحى بشاة عن غيره بامره أو بغير أمره لا يجوز ولو ضحى ببدنة عن نفسه وعن أولاده
فان كانوا صغارا أجزأه وأجزأهم وان كانوا كبارا فان فعل ذلك بامرهم فكذلك وان كان بغير أمرهم لم يجز على قولهم
وعن أبى يوسف انه يجوز استحسانا وفى الكبرى لو ضحى عن الميت بغير أمره لا يجوز وهو المختار وفى رواية يجوز واختلفوا اهل
الأضحية عن الميت أفضل أو التصدق أفضل ذهب بعضهم الى ان التصدق أفضل وذهب بعضهم الى ان الاضحية أفضل وفى الظهيرية
رجل اشترى أضحية شراء فاسدا فذبحها عن أضحيته جاز والبائع بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها حية وان شاء استردها ولا شئ على
المضحى ويتصدق بقيمتها مذبوحة وفى الخانية اشترى سبع بقرة فنوى بعضهم الاضحية عن نفسه فى هذه السنة ونوى بقيتهم
عن السنة الماضية قالوا تجوز الأضحية على هذا الواحد ونية أصحابه عن السنة الماضية باطلة وصار متطوعين قيدنا بالسبعة
لانهم لو كانوا ثمانية لم تجز عن واحد منهم كما تقدم وفى أضاحى الزعفرانى اشترى ثلاثة بقرة على أن يدفع أحدهم ثلاثة دنانير
والآخر أربعة والآخر دينارا على ان تكون البقرة بينهم على قدر رأس مالهم فضحوا بها لم تجز ولو كانت البقرة أو البدنة بين اثنين
فضحيا بها اختلف المشايخ قال بعضهم يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد اه قال رحمه الله ﴿ويأكل من لحم
الاضحية ويؤكل ويدخر﴾ لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الضحايا بعد ثلاثة ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا
رواه مسلم وأحمد والنصوص فيه كثيرة وعليه اجماع الامة ولانه لما جاز ان يأكل منه وهو غنى فاولى ان يجوز له اطعام غيره وان كان
غنيا قال رحمه الله ﴿وندب ان لا ينقص الصدقة من الثلث﴾ لان الجهات ثلاثة الاطعام والاكل والادخار لما رويناه ولقوله
تعالى واطعموا القانع والمعتر أى السائل والمتعرض للسؤال فانقسم عليها اثلاثا وهذا فى الاضحية الواجبة والسنة سواء ولك ان
تقول الامر لمطلق الوجوب عند أكثر العلماء كما تقرر فى علم الاصول والظاهر من قوله واطعموا وجوب الاطعام والمدعى استحبابه
فليتأمل فى الجواب واذا لم تكن واجبة وانما وجبت بالنذر فليس لصاحبها ان يأكل منها شيأ ولا ان يطعم غيره من الاغنياء سواء
كان الناذر غنيا أو فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولا ان يطعم الاغنياء وفى الظهيرية اشترى
شاة للاضحية وهو فقير فضحى بها ثم أيسر فى أيام النحر قال بعضهم عليه غيرها وقال بعضهم ليس عليه غيرها وبه نأخذ وفى
العتابية وهو المختار ولو أوصى بان يضحى عنه ولم يسم ينصرف الى الشاة أوصى بان يشترى بماله أضحية ولم تجز الورثة فالوصية جائزة
فى الثلث ويشترى به شاة يضحى بها ولو أوصى بان يشترى بقرة بعشرين درهما ويضحى ولم يبلغ ثلث ماله ذلك فانه يشترى بقدر
ما بلغ وكذا لو لم يعين قدرا يشترى بقدر الثلث اه قال رحمه الله ﴿ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال أو جراب﴾ لانه جزء
منها وكان له التصدق والانتفاع به ألا ترى ان له أن يأكل لحمها ولا باس بان يشترى به ما ينتفع بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل
ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم
على نفسه وعياله والمعنى فيه أنه لا يتصدق على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح فلا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك
ولو باعها بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق بالجلد واللحم وقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية
له يفيد كراهية البيع وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم قال رحمه الله ﴿ولا يعطى أجرة الجزار منها شيأ﴾ والنهى
عنه نهى عن البيع لانه فى معنى البيع لانه يأخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع ويكره أن يجز صوفها قبل الذبح فينتفع به

٧ هكذا بالاصول ولا يخفى ما فى هذا الكلام واصول هذا الكتاب لم تنقح فيلزم الواقف التأمل والمراجعة اه مصححه

لانه التزام اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف مابعد الذبح لان القربة قد أقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له ويكره بيع لبنها كما فى الصوف ومن أصحابنا من أجاز الانتفاع به يعنى بلبنها وصوفها لان الواجب فى حقه فى الذمة فلا يتعين ويكره ركوب الدابة واستعمالها ولوا كتسب مالا من لبنها يتصدق بمثل ذلك وذكر محمد فى النوادر ولا يشترى بالجلد الخل والزيت فلوماتت أضحيته حلب لبنها وجز صوفها وسلخ جلدها فله ذلك ولا يتصدق بشئ كذا فى المحيط وفى التتمة سئل على بن أحمد عن رجل دفع لحم الاضحية عن زكاة ماله هل تسقط عنه الأضحية قال نعم وسئل الوبرى عن هذا فقال يقع الموقع ولكنه يأثم وسئل على أيضا لوكان لرجل دين على مقر هل تحل له الزكاة فقيل له هل عليه أضحية قال لا لان ماله مستقرض لم يصل اليه وسئل أيضا عن رجل له ديون مؤجلة أوغير مؤجلة على رجل وهو مقر حتى جاء يوم النحر وليس فى يده شئ وعليه شراء الأضحية هل عليه أن يستقرض ويشترى أضحية فقال لا قيل له هل يجب على رب الدين أن يسأل المديون اذا غلب على ظنه انه لوسأله أعطاه ثمن الأضحية وان كان مؤجلا قال نعم وفى مجموع النوازل أربعة نفر اشترى كل واحد منهم شاة ولبنها وسمنها واحد فحبسوها فى بيت فلما أصبحوا وجدوا واحدة منها ميتة ولا يدرى لمن هى فانها تباع هذه الاغنام جملة ويشترى بقيمتها أربع شياه لكل واحد منهم شاة ثم يوكل كل واحد منهم صاحبه بذبح كل واحدة منها ويحلل كل واحد منهم صاحبه لتجوز عن الأضحية اهـ قال رحمه الله ﴿وندب أن يذبح بيده ان علم ذلك﴾ لان الاولى فى القرب أن يتولاها الانسان بنفسه وان أمر به غيره فلا يضر لانه عليه الصلاة والسلام ساق مائة بدنة فنحر بيده نيفا وستين ثم أعطى الحربة عليا فنحر الباقى وان كان لا يحسن ذلك فالاحسن أن يستعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغى أن يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة رضى الله عنها قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب وفى فتاوى الفضلى شاة ندت وتوحشت فرماها صاحبها ونوى الأضحية فاصابها أجزأه عن الأضحية وفى الذخيرة وكله أن يشترى له كبشا أقرن أعين للاضحية فاشترى كبشا ليس باقرن ولا أعين لم يلزم الآمر اهـ قال رحمه الله ﴿وكره ذبح الكتابى﴾ لانه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته بخلاف ما اذا أمر المجوسى لانه ليس من أهل الذكاة فكان فساد الانقر باقال رحمه الله تعالى ﴿ولو غلطا وذبح كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان﴾ وهذا استحسان والقياس انه لا تجوز الأضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه متعد بالذبح بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تتأدى بنية غيره وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعيينها بالأضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون أهلا للذبح فصار ماذونا له دلالة لانها تفوت بمضى هذه الايام ويخاف أن يعجز عن اقامتها لعارض يعتريه فصار كما اذا ذبح شاة وشد القصاب رجليها وكيف لا ياذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالى بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو أعظم من ذلك وهو ما بيناه فيصير اذنا دلالة وهو كالصوم ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لاصحابنا ذكرناها فى الاحرام عن الغير ثم اذا جاز ذلك عنهما ياخذ كل واحد منهما أضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد منهما أكل ماذبحه تحالل كل واحد منهما صاحبه فيجزئه لانه لو أطعمه الكل فى الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلل فى الانتهاء وان تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه وذكر فى المحيط مطلقا من غير قيد فقال ذبح أضحية غيره بلا امره جاز استحسانا ولا يضمن لانه فى العرف لا يتولى صاحب الأضحية ذبحها بنفسه بل يفوض الى غيره فصار ماذونا دلالة كالقصاب اذا شد رجل شاة للذبح فذبحها انسان بغير أمره لا يضمن ولو باع اضحية واشترى بثمنها غيرها فان كان الثانى انقص من الاول تصدق بالفضل ولو غصب شاة وضحى بها جاز عن أضحيته لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف مالو كانت وديعة لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الابعده ولو ذبح اضحية غيره بغير امره عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها تجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر ان الاراقة حصلت على ملكه على ماينا فى المغصوبة وان أخذها مذبوحة أجزأت المالك عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بيناه وفى فتاوى ٧ اهوا رجلان ربطا أضحيتهما فى مربط ثم غلطا فتنازعا فى واحدة كل منهما مدعيها ولا يدعى الاخرى يقضى بالذى تنازعا فيها بينهما نصفين ولا تجوز الاضحية عنهما بها وقال بعضهم تجوز عنهما جميعا والصحيح الاول والذى لم يتنازعا فيها بيت المال

لانها مال ضائع ولو كانت ابلا و بقرا اجازت الاضحية عنهما جميعا واذا ربطوا ثلاثة اضحية فى رباط واحد ثم وجدوا بواحد عيبا يمنع جواز الاضحية وانكر كل واحد منهم ان تكون له المعيبة وتنازعوا فى الاخريين فالمعيبة لبيت المال لانها مال ضائع و يقضى بينهم بالاخريين أثلاثا اه والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿ كتاب الكراهية ﴾

أورد كتاب الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم يخل من أصل أو فرع يرد فيه الكراهة ألا ترى ان الاضحية فى ليالى أيام النحر مكروهة وكذا فى التصرف فى الأضحية بجز صوفها وحلب لبنها وكذا ذبح الكتابى وغير ذلك كما أن الامر فى كتاب الكراهية كذلك وترجم المؤلف بالكراهية لان بيان المكروه أهم من غيره لوجوب الاحتراز عنه وترجم محمد فى الاصل بالاستحسان لما فيه مما استحسنه الشارع وقبحه وترجم القدورى فى مختصره بالحظر والاباحة لما فيه مما منع عنه الشارع وأباحه والكراهية مصدر كره الشئ كرها وكراهة وكراهية قال فى الميزان هى ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم الخ فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة وليس بضد الارادة كما توهمه الشارح وجعل الكراهة ضد الارادة بل هو كما تقدم لك عن الميزان لان الله تعالى يريد الكفر والمعاصى ولا يحبهما كما قرر فى علم الكلام وهى فى الشريعة ماسيذكره المؤلف قال رحمه الله ﴿المكروه الى الحرام أقرب﴾ ونص محمد ان كل مكروه حرام وانما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا قطعيا فكان نسبة المكروه الى الحرام عند محمد كنسبة الواجب الى الفرض وعن الامام وأبى يوسف انه الى الحرام أقرب وهذا الحد للمكروه كراهة تحريم وأما المكروه كراهة تنزيه فالى الحلال أقرب هذا خلاصة ماذكروه فى الكتب المعتبرة ولبعض المتأخرين كلمات هنا طويلة الذيل لا حاصل لها تركناها عمدا وذكر فى الفتاوى السراجية فى هذا الكتاب بابا فى مسائل الاعتقاديات وقدمه وهو أولى بالذكر والتقديم قال الايمان هو الاقرار باللسان والاعتقاد بالجنان وذلك أن يقر بوحدانية الله تعالى وصفاته الازلية وبجميع ما جاء من عنده من كتب ويعتقد بقلبه ذلك والاقرار باللسان شرط فى حق القادر على النطق على ظاهر الجواب وقيل الايمان هو الاعتقاد بالقلب والايمان بالتفاصيل ليس بواجب بل اذا آمن بالجملة كفى والايمان لا يزيد ولا ينقص لان الايمان عندنا ليس من الاعمال ايمان اليائس غير مقبول وتوبة اليائس مقبولة الايمان غير مخلوق عند أئمة بخارى وعند أئمة سمرقند مخلوق وقيل لا خلاف بينهم فى الحقيقة لان أئمة بخارى قالوا الايمان هداية الرب لعبده الى معرفته وذلك غير مخلوق وأئمة سمرقند قالوا الايمان فعل العبد وانه مخلوق وعن هذا تعرف جواب من سأل ان الايمان عطائى أو كسبى ايمان المقلد صحيح وهو الذى اعتقد جميع أركان الاسلام بلا دليل وفى جامع الجوامع قال أبو القاسم من تعلم فى الصغر آمنت بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله تعالى وتعلم انه ايمان لكن لا يحسن تعبيره لا يحكم باسلامه وقال أبو الليث ان سأل فارسيا فقال هذا عرفت يحكم باسلامه قال وان كان لا يحسن أن يعبر والا يعرض عليه الاسلام وفى النوازل قال الفقيه اذا كان الرجل لا يحسن العبارة وهو بحال لو سئل بالفارسية يعرف ان الله واحد وان الانبياء رسل الله عز وجل وان الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من فى القبور ويقول كنت عرفت ان الامر هكذا كان هذا مؤمنا وان كان لا يحسن أن يعبر عنه واذا سئل عن هذا قال لا أعلم بذلك فلا دين له ويعرض عليه الاسلام فان أسلم وكانت له امرأة يجدد نكاحها وفى السراجية المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب الكبيرة واذا مات بغير توبة فهو فى مشيئة الله تعالى ان شاء غفر له وان شاء عذبه بقدر جنايته أو أقل ثم يدخله الجنة القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق ولا محدث والمكتوب فى المصاحف دال على كلام الله تعالى وانه مخلوق رؤية الله تعالى فى الآخرة حق يراه أهل الجنة فى الآخرة بلا كيفية ولا تشبيه ولا محاذاة أما رؤية الله تعالى فى المنام أكثرهم قالوا لا تجوز والسكوت فى هذا الباب أحوط القدر خيره وشره من الله تعالى بمشيئته وارادته القديمة الا ان المعاصى ليست برضا الله تعالى وفى الحاوى وعن أبى سلمة الفقيه انه قال هذه عشر مسائل التى وجدت عليها مشايخ السلف من أهل الهداية والجماعة من آمن بها كان منهم ومن لم يؤمن بها فهو صاحب هوى وبدعة ثم عد هذه العشرة وقال قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن أحمد القاضى ان الله تعالى خلق أفعال العباد وأفعالهم بقضاء الله تعالى ومشيئته وان الله تعالى خالق لم يزل وأن الله تعالى له علم موصوف فى الازل وان الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد اذا كان أصلح للعباد أو لم يكن لا يسأل عما يفعل وهم يسألون وان شفاعة محمد حق لاهل الكبائر من أمته وان عذاب القبر حق

وانه يرجى من الله تعالى أن يعطى العباد مايسألونه من دعائهم وفى السراجية صفات الله تعالى قديمة كلها من غير تفصيل بين صفات الذات وصفات الفعل وانها قائمة بذات الله تعالى لاهو ولا غيره كالواحد من العشرة والله تعالى ليس بجسم ولا جوهر ولا عرض ولا حال بمكان ثم ان الله تعالى موصوف بصفات الكمال و يوصف بان له يدا وعينا ولكن لا كالايدى ولا كالاعين ولا يشتغل بالكيفية وهل يجوز وصف الله تعالى بهذين الصفتين بالفارسية قال السيد الامام أبو شجاع باليد يجوز و بالعين لا وفى الحاوى قال بعض السلف الجلة الصحيحة أن يقول العبد عند الامكان مع التسمية آمنت بجميع ماجاء به رسول الله صلى الله عليه وسلم على معنى ماأراد به رسول الله صلى الله عليه وسلم والجنة والنار لا يفنيان عند أهل السنة والجاعة وفى الحاوى سئل أبو حنيفة عمن قيل له أمؤمن أنت عند الله فقال عندى انى عند الله مؤمن وذكر بعض المناظرين من المتكلمين ان الذى يجب على الانسان أحد الامرين اما أن يقبل على تحصيل هذا الفن حتى يبلغ منه فى غاية فيصير الى حد من يصلح للمناظرة والمحاجة أو يلزم الذى قد اجتمع عليه أهل الملة و يجتنب المعصية والحية لغير الدين و يؤدى فرائض الله تعالى والجل التى ذكرناها ان الله تعالى واحد لاشريك له ولا مثيل له ولا شبيه له وانه لم يزل قبل المكان والزمان وقبل العرش والهواء وقبل ماخلق من ذلك موجودا وانه القديم وماسواه محدث وانه العادل فى قضائه الصادق فى أخباره ولا يحب الفساد ولا يرضى لعباده الكفر وانه لا يكلفهم مالا يطيقون وانه حكيم وحسن فى جميع أفعاله فى كل ماخلق وقضى وقدر وانه يريد بهم اليسر ولا يريد بهم العسر وانه انما بعث اليهم المرسلين وأنزل عليهم الكتب ليذكر من وقع فى سابق علمه انه يذكر ويخشى ويلزم الحجة على من علم منه انه لا يؤمن ويأبى وان الخيرة فيما قضاه الله وقدره وانه يقضى بالحق وان الرضا بقضائه واجب والتسليم لامره لازم وان ماشاء الله كان ومالم يشأ لم يكن وان ماقضى فهو ماض فى خلقه وماقدر فهو لازم لهم وان تأويل ذلك هو تأويل المسلمين وانه لا مرد له وان أمره نافذ فى خلقه دأبهم الحاجة اليه فى أداء ما كلفهم به وهو غنى عنه لا يضره بذلك ولا ينفعه منعه وانه ماخلق الخلق من الجن والانس الا ليعبدوه وانه يضل من يشاء ويهدى من يشاء وان اضلاله ليس كاضلال الذى علم به الشيطان وحزبه وانه يضل الظالمين ولا يضل الفاسقين ٧ وفى السراجية نبينا صلى الله عليه وسلم أكرم الخلق وأفضلهم ومعراجه الى العرش الى ماأكرمه الله تعالى ورؤية الجنة والنار حق ورسالة الرسل لا تبطل بموتهم ورسل بنى آدم أفضل من جلة الملائكة وعوام بنى آدم من الاتقياء أفضل من عوام الملائكة وخواص الملائكة أفضل من عوام بنى آدم كرامة الاولياء حق والولى لا يكون أفضل من النبى وشفاعة الانبياء والصالحين لبعض العصاة من المسلمين حق وأفضل الخليقة من هذه الامة أبو بكر بن أبى قحافة التيمى ثم عمر بن الخطاب العدوى ثم عثمان بن عفان الاموى ثم على بن أبى طالب الهاشمى رضوان الله تعالى عليهم أجمعين الشرط أن يكون الخليفة قرشيا ولا يشترط ان يكون هاشميا العدالة ليست شرطا لصحة الامامة والامارة والقضاء انما هى شرط الاولوية العلم أفضل من العقل عندنا خلافا للمعتزلة أهل الجنة آمنون عن العزل غير آمنين عن خوف الجدال اطفال المشركين قيل هم فى الجنة وقيل هم فى النار وأبو حنيفة توقف فيهم وقال الشيخ الامام الرضى ان ولد الكافر كافر الكلام فى الروح قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لا يجوز ثم قيل هى الحياة وقيل هى عرض وقيل انها جسم لطيف وهى ريح مخصوص سؤال منكر ونكير حق وسؤالهما الانبياء قيل بهذه العبارة على ماذا تركتم أمتكم وفى بستان الفقيه باب ماجاء فى ذكر الحفظة قال الفقيه اختلف الفقهاء فى أمر الحفظة الكرام الكاتبين قال بعضهم يكتبون جميع أقوال بنى آدم وأفعالهم وقال بعضهم لا يكتبون الا مافيه اجر أو اثم ثم قال بعضهم يكتبون الجميع فاذا صعدوا السماء حذفوا مالا أجر فيه ولا اثم وقال هو معنى قوله تعالى يمحو الله مايشاء و يثبت قال ابن جريج هما ملكان أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله فالذى عن يمينه يكتب بغير شهادة صاحبه والذى عن يساره لا يكتب الا بشهادة منه ان قعد قعد الحفظة واحد عن يمينه والآخر عن يساره وان مشى فاحدهما امامه والآخر خلفه وان نام فاحدهما عند رأسه والآخر عند رجليه وقال بعضهم أربعة اثنان بالنهار واثنان بالليل والخامس لا يفارقه ليلا ولا نهارا واختلف الناس فى الكفرة قال بعضهم عليهم حفظة وقال بعضهم لا يكون عليهم حفظة لان أمرهم فرط وعليهم واحد قال الفقيه لا يؤخذ بهذا القول والآية نزلت بذكر الحفظة فى شأن الكفار ﴿تتمة﴾ سئل بعضهم هل على الصبى حفظة يكتبون له فقال رفع القلم عن ثلاث قيل له هل يكون معذورا بترك النظر قبل استكمال المدة التى يتعلق بها أحكام الشرع فقال ان كمل شرائط تكليفه قبل البلوغ وخطر بباله الخوف من ترك النظر لا يعذر وفى السراجية عذاب

القبر للكافرين أو لبعض العصاة حق يؤمن به ولا يشتغل بكيفيته ومما يتصل به فصل يشتمل على السنة والجماعة المضمرات وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه انه قال المؤمن اذا أوجب السنة والجماعة استجاب الله دعاءه وقضى حوائجه وغفر له الذنوب جميعا وكتب له براءة من النار وبراءة من النفاق وفي خبر عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان على السنة والجماعة استجاب الله دعاءه وكتب له بكل خطوة يخطوها عشر حسنات ورفع له عشر درجات فقيل له يا رسول الله متى يعلم الرجل انه من أهل السنة والجماعة فقال اذا وجد في نفسه عشرة أشياء فهو على السنة والجماعة ان يصلي الصلوات الخمس بالجماعة ولا يذكر أحدا من الصحابة بسوء وينقصه ولا يخرج على السلطان بالسيف ولا يشك في ايمانه ويؤمن بالقدر خيره وشره من الله تعالى ولا يجادل في دين الله تعالى ولا يكفر أحدا من أهل التوحيد بذنب ولا يدع الصلاة على من مات من أهل القبلة ويرى المسح على الخفين جائزا في السفر والحضر ويصلي خلف كل امام بر أو فاجر وفي الحاوي من اهل السنة والجماعة من فيه عشرة أشياء الاول ان لا يقول شيأ في الله تعالى لا يليق بصفاته والثاني يقر بان القرآن كلام الله تعالى وليس بمخلوق والثالث يرى الجمعة والعيدين خلف كل بر وفاجر والرابع يرى القدر خيره وشره من الله تعالى والخامس يرى المسح على الخفين جائزا والسادس لا يخرج على الامير بالسيف والسابع يفضل أبا بكر وعمر وعثمان وعليا على سائر الصحابة والثامن لا يكفر أحدا من أهل القبلة بذنب والتاسع يصلي على من مات من أهل القبلة والعاشر يرى الجماعة رحمة والفرقة عذابا قال صاحب الكشاف في هذا الفصل شروط وزيادات لاصحابنا يجب ان تراعى وسئل أبو النصر الدبوسي عن معنى قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة قال أي يولد على دلالة الخلقة على معنى ان الله تعالى خلقه على خلقة لو نظر اليها وتفكر فيها على حسب ما يجب لدلته على ربوبيته ووحدانيته ومعنى قوله يهودانه أي ينقلانه الى حكم اليهودية وأحوالها بالتلقين لكونه في أيديهم لذلك ظهر العمل في المسئلتين خلفا عن سلف ان الولد يكون تابعا للوالدين من غير ان يكون منه كفر أو اسلام على الحقيقة وسئل أبو النصر الدبوسي فقيل ما معنى الاخبار التي رويت عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى في بعضها صلوا خلف كل بر وفاجر وفي بعضها القدرية مجوس هذه الامة ان مرضوا فلا تعودوهم وان ماتوا فلا تشيعوا جنائزهم وفي بعضها ان امتي ستفترق على كذا وكذا كلهم في النار الا واحدة فقال المشايخ ان من شرائط السنة والجماعة ان لا يكفر أحد من أهل القبلة وسئل بعضهم عن الفاجر والبر فقال الفاجر هو الفاسق من أهل الاسلام والبر هو العدل من أهل الاسلام وقد جاء مفسرا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخرج أحد من أهل الاسلام بذنب وذكر افتراق الاديان بالاهواء فمن كان من أهل الاسلام فالصلاة خلفه جائزة وان كان يعمل الكبائر وأهل الاهواء على ضربين منهم من يخرج عن الاسلام ومنهم من لا يخرج فمن خرج عن الاسلام لا تجوز الصلاة خلفه وقد سبق الكلام فيه مستوفى في تتمة كلمات الكفر في آخر كلمات الكفر في آخر كتاب السير وفي باب الجماعة ومن لا يخرج منه فالصلاة خلفه جائزة ومن خرج من الاسلام فهو في النار خالد ومن لم يخرج منه فهو في جملة أهل المشيئة قال الله تعالى ان الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء واما ما جاء في حق أهل الاهواء انهم لا يعادون ولا تشيع جنائزهم فهذا تغليظ وتشديد كان في الزمان الاول حيث كان المسلمون أمة واحدة في عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم أجمعين ولما قتل عثمان وقعت الفرقة وظهرت الاهواء وغلبت الاحزاب أهل الاهواء ولم يمكن امضاء الامر على السبيل الاول وقد كانوا يجالسون علي بن أبي طالب رضي الله عنه ويزاحمون وكذا العلماء والفقهاء من بعده الى يومنا هذا والدليل على ذلك ما جاء ان شهادة أهل الاهواء جائزة وسئل أبو بكر القاضي عن الرجل هل يعلم انه على مذهب أهل السنة والجماعة فقال اذا رجع علمه الى كتاب الله والى ما قاله السلف الصالح فهو على مذهب السنة والجماعة

﴿فصل في الاكل والشرب﴾ قدم فصل الاكل والشرب على غيره لان الاحتياج الى بيان مسائله أهم من غيره قال رحمه الله ﴿كره لبن الاتان﴾ لان اللبن يتولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره عند الامام كلحمه عنده واختلف في كراهة لحم الخيل عندهما كذا في فتاوى قاضيخان ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها والجلالة هي التي تعتاد أكل الجيف ولا تخلط فيكون لحمها منتنا ولو حبست حتى يزول النتن حلت ولم يقدر لذلك مدة في الاصل وقدر في النوادر بشهر وقيل بأربعين يوما في الابل وبعشرين يوما في البقر وبعشرة أيام في الشاة وثلاثة أيام في الدجاجة والتي تخلط بان تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها فلا بأس بحلها ولهذا يحل أكل جدي تغذى بلبن

الخنزير لان لحمه لايتغير وماتغذى به يصير مستهلكا لايبقى له أثر ولهذا قالوا لاباس باكل الدجاج لانها تخلط ولا يتغير لحمه وماروى ان الدجاج يحبس ثلاثة أيام ثم يذبح فذلك على وجه القربة لا على انه شرط وفى المحيط ولا بأس باكل شعير يوجد فى بعر الابل والشاة فيغسل ويؤكل وان فى أحشاء البقر وروث الفرس لايؤكل لان البعر صلب فلا تتداخل النجاسة فى اجزاء الشعير والحنطة ولا بأس باكل دود الزيتون قبل أن تنفخ فيه الروح لان اسم الميت انما يطلق على من له روح ويكره دفع الجهد من السقاية وحمله الى المنزل لانه وضع للشرب لا للحمل والحطب الذى يوجد فى الماء ان كان لاقيمة له فهو حلال لانه مأذون فى أخذه وان كان له قيمة فلا ولاباس بمضغ العلك للنساء لان سنهن أضعف من سن الرجال فاقيم العلك لهن مقام السواك ولاباس للنساء بخضاب اليد والرجل مالم يكن خضاب فيه تماثيل ويكره للرجال والصبيان لان ذلك تزين وهو مباح للنساء دون الرجال ولا بأس بخضاب الرأس واللحية بالحناء والوشمة للرجال والنساء لان ذلك سبب لزيادة الرغبة والمحبة بين الزوجين ويجوز رفع الثمار من نهر جار وأكلها وان كثر لانه مما يفسد الماء اذا ترك فيكون مأذونا بالرفع دلالة رجل نثر السكر فوقع فى حجر رجل فاخذه رجل آخر منه ان كان فتح حجره ليقع فيه السكر لايجوز لانه أحرزه والا فيجوز لانه ما أحرزه ونظيره رجل وضع طشتا على سطح فاجتمع فيه ماء المطر فجاء رجل ورفعه ان كان وضعه صاحبه لذلك فهو له وان لم يضعه لذلك فهو للرافع لانه لم يحرزه وفى الظهيرية وان أكل أكثر من حاجته ليتقايا قال الحسن البصرى رأيت أنس بن مالك يأكل ألوانا من الطعام ويكثر ثم يتقايا وينفع ذلك وهو المذهب عند أصحابنا روى عن بعض الاطباء انه قيل له هل يجد الطبيب فى كتاب الله دليل الطب قال نعم قد جمع الله الطب فى هذه الآية وهو قوله كلوا واشربوا ولا تسرفوا يعنى الاسراف فى الاكل والشرب هو الذى منه الامراض وقيل متى كان الرجل قليل الاكل كان أصح جسما وأجود حفظا وأذكى فهما وأقل نوما وأخف نفسا ذكر محمد كل واحد منهما من افساد الطعام قال ومن الافساد الاسراف فى الطعام وهو أنواع فمن ذلك ان يأكل فوق الشبع فهو حرام وفى الينابيع واذا أكل الرجل فوق الشبع فهو حرام فى كل مأكول ومن المتأخرين من استثنى حالة ما اذا كان له غرض صحيح فى الاكل فوق الشبع فحينئذ لاباس به فان أتاه ضيف بعد ما أكل قدر حاجته فليأكل لاجله حتى لايخجل أو يريد صوم الغد فليتناول فوق الشبع ومن الاسراف فى الطعام الاسراف فى المباحات والالوان فذلك منهى عنه الا عند الحاجة بأن يمل من ناحية واحدة فليستكثر من المباحات ليستوفى من أى لون شاء فيحصل له مقدار ما يتقوى به على الطاعة وكذلك اذا كان من قصده ان يدعو الاضياف قوما بعد قوم الى أن يأتوا الى آخر الطعام فلاباس بالاستكثار فى هذه الصورة ومن الاسراف ان يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه ويأكل ما انتفخ من الخبز كما يفعله بعض الجهال ويزعمون ان ذلك ألذ ولكن هذا اذا كان لايأكل غيره ماترك من حواشيه فاما اذا كان غيره يتناول ذلك فلاباس بذلك كما لاباس ان يتناول رغيفا دون رغيف ومن الاسراف التمسح بالخبز وفى الذخيرة ومن الاسراف مسح السكين والاصبع بالخبز عند الفراغ من الاكل من غير ان يأكل ما يتمسح فيه فاما اذا أكل فلاباس به وفى التتمة سئل عمن مسح اليد على ثيابه فقال لايجوز وسئل عن مسح اليد بدستارورق فقال لايجوز وفى الكافى ولا بأس بخرقة الوضوء والمخاط وفى الجامع الصغير وتكره الخرقة التى تحمل ويمسح بها العرق الا اذا كان شيأ لاقيمة له وكذا الخرقة التى يمخط بها وكذا التى يمسح بها الوضوء وانما يكره اذا فعل ذلك للتكبر اما من فعل ذلك للحاجة فلا يكره ومن الاسراف اذا سقط من يده لقمة ان يتركها بل ينبغى ان يبدأ بتلك اللقمة وينبغى ان لاينتظر الادام اذا حضر الخبز ويأخذ فى الاكل قبل ان يأتى الادام ويستحب غسل اليدين قبل الطعام فان فيه بركة وفى البرهانية والسنة ان يغسل الايدى قبل الطعام وبعده وفى واقعات الناطفى الادب فى غسل الايدى قبل الطعام ان يبدأ بالشبان ثم بالشيوخ واذا غسل لايمسح بالمنديل لكن يتركه ليجف ليكون أثر الغسل باقيا وقت الاكل والادب فى الغسل بعد الطعام ان يبدأ بالشيوخ ويمسح بالمنديل ليكون أثر الطعام زائلا بالكلية وفى التتمة سئل والدى عن غسل الفم للاكل هل هو سنة كغسل اليد فقال لا واذا غسل يده للاكل بنخالة أو غسل رأسه بذلك او أحرقها ان لم يكن فيها شئ من الدقيق وهى نخالة تعلف بها الدواب فلا بأس وفى الذخيرة وفى نوادر هشام سألت محمدا عن غسل اليدين بالدقيق بعد الطعام هل هو مثل الغسل بالاشنان فاخبرنى ان أباحنيفة وأبا يوسف لم يريا باسا لتوارث الناس ذلك من غير نكير وفى الخانية ويكره للجنب رجلا كان أو امرأة ان يأكل طعاما أو شرابا قبل غسل اليدين والفم ولا يكره ذلك للحائض ويستحب تطهير الفم من جميع المواضع وينبغى ان يصب من الآنية على يده بنفسه ولا يستعين

بغيره فى وضوء حكى ذلك عن مشايخنا رحمهم الله تعالى فى انه قال هذا كالوضوء ولا يستعين بغيره فى وضوء ولا يأكل طعاما حارا به
ورد الاثر ولا يشم الطعام فان ذلك عمل البهائم ولا ينفخ فى الطعام والشراب ومن السنة ان لا يأكل الطعام من وسطه ويأكل من
ابتداء الاكل ومن السنة لحس القصعة وان يلعق أصابعه قبل ان يمسحها بالمنديل وتركه من أثر العجم والجبابرة وفى الخلاصة ومن
السنة لعق القصعة وفى البرهانية رجل أكل الخبز مع أهله واجتمع كسيرات الخبز ولا يشتهى أكلها فله ان يطعمه الدجاجة والشاة
والهرة وهو الافضل ولا ينبغى أن يلقيه فى النهر والطريق الا اذا وضع لاجل النمل ليأكل النمل فحينئذ يجوز هكذا فعل بعض السلف
ومن السنة ان يأكل ماسقط من المائدة ومن السنة أن يبدأ بالملح ويختم بالملح وفى السراجية الاكل على الطريق مكروه وأكل
الميتة حالة المخمصة قدر مايدفع به الهلاك عن نفسه لاباس به ولا بأس بطعام المجوسى الا الذبيحة رجل قال من تناول من مالى فهو مباح
فتناول رجل من غير ان يعلم اباحته جاز ولا ينبغى للناس ان يأكلوا من طعام الظلمة وليقبح الامر عليهم وزجرهم عما يرتكبونه وان
كان يحل طعامهم أكل دود القز قبل ان ينفخ فيه الروح لا بأس به وفى الخانية الجدى اذا ربى بلبن الاتان قال ابن المبارك يكره أكله
وأخبرنى رجل عن الحسن أنه قال اذا ربى الجدى بلبن الخنزير لا بأس به فقال معناه اذا اعتلف أياما فهو بعد ذلك كالجلالة وبول
مالا يؤكل لحمه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجوز التداوى به وعند محمد يجوز التداوى وغيره وذكر فى عيون المسائل اذا مر الرجل
بالثمار فى أيام الصيف وأراد ان يتناول منها الثمار الساقطة تحت الاشجار فان كان ذلك فى المصر لا يسعه التناول الا اذا علم ان صاحبها
قد أباح اما نصا أو دلالة أو عادة واذا كان فى القيظ فان كان من الثمار التى تبقى مثل الجوز وغيره لا يسعه الاخذ الا اذا علم الاذن
وفى الغياثية هو المختار وان كان من الثمار التى لا تبقى اختلفوا فيه قال الصدر الشهيد والمختار أنه لا بأس بالتناول مالم يتبين النهى اما
صريحا أو عادة وفى العتابية والمختار أنه لا يأكل منهما مالم يعلم ان صاحبها رضى بذلك وان كان ذلك فى الوسواس التى يقال لها بالفارسية
هراسيه فان كان من الثمار التى لا تبقى فالمختار انه لا بأس بالاكل مالم يتبين النهى وفى جامع الجوامع ولا يحل حمل شئ منه وأما اذا كان
الثمار على الاشجار فالافضل ان لا يؤخذ فى موضع ما الا ان يأذن أو يكون موضع كثير الثمار يعلم انه لا يشق عليه أكل ذلك فيسعه
الاكل ولا يسعه الحمل وأما أوراق الاشجار اذا سقط على الطريق فى أيام العليق وأخذ انسان شيأ من ذلك بغير اذن صاحب الشجر
فان كان هذا ورق شجر ينتفع بورقه نحو التوت وما أشبه ذلك ليس له ان يأخذ وان أخذ يضمن واذا كان لا ينتفع به له ان يأخذ
وان أخذ لا يضمن وفى الفتاوى الخلاصية ولو مر بسوق العامدين فوجد فيه سكر الا يسعه ان يتناول منه ولو ان قوما اشتروا فلاة من
أرزقالوا من أطهر الفلاة فعليه ان يشترى منه فيأكله فاظهر واحد واشترى ما أوجبوه عليه يكره له الكل لان فيه تعليقا بالشرط
وفى الخانية شجرة فى مقبرة قالوا ان كانت نابتة فى الارض قبل ان يجعلها مقبرة فمالك الارض أحق بها يصنع بها ماشاء وان كانت
الارض مواتا ولا مالك لها فجعلها أهل تلك المحلة أو القرية مقبرة فان الشجرة وموضعها من الارض على ما كان حكمها فى القديم وان
نبتت الشجرة بعد ماجعلت مقبرة فان كان الغارس معلوما كانت له وينبغى ان يتصدق بثمن ثمرها وان كانت الشجرة نبتت بنفسها
فحكمها يكون للقاضى ان رأى قلعها أو ابقاءها على المقبرة فعل رفع الكمثرى من نهر جار ورفع التفاح وأكلها جائز وان كثر
وفى الجوز الذى يلعب به الصبيان يوم العيد لا بأس بأكله اذا لم يكن الاكل على وجه القمار وفى الظهيرية وهو المختار وفى الخلاصة
والاكل مكشوف الرأس والاكل يوم الاضحى قبل الصلاة فيه روايتان والمختار أنه لا يكره وأكل الطين مكروه وفى فتاوى أبى الليث
ذكر شمس الأئمة اذا كان يخاف على نفسه من أكل الطين بان كان يورث علة لا يباح له أكل الطين وكذا كل شئ أكله يورث
ذلك وان كان يتناول منه قليلا ويفعل احيانا لا باس به وأكل الطين البخارى لا باس به مالم يسرف وكراهة أكله لا لحرمته بل لانه
يهيج الدم والمرأة اذا اعتادت أكل الطين تمنع من ذلك اذا كان يوجب النقصان فى جمالها ولا باس بأكل الفالوذج والاطعمة
النفيسة وعن النبى صلى الله عليه وسلم انه أكل الرطب مع البطيخ وأكل عمر رضى الله عنه البطيخ مع السكر وفى التتمة وضع الملح
على القرطاس ووضعه على الخبز يجوز وتعليق الخبز بالخوان مكروه ويكره وضع الخبز تحت القصعة وكان الشيخ ظهير الدين
المرغينانى لا يفتى بالكراهة فى وضع المملحة على الخبز ولا مسح السكين بالخبز والاصبع ومن المشايخ من أفتى بالكراهة وفى التتمة
سئل أبو يوسف بن محمد والحسن بن على عن مريض قال له طبيب لا بد لك من أكل لحم الخنزير حتى يدفع عنك العلة قالا لا يحل
له أكله وقيل هو يفرق الامر بينهما اذا أمره بأكله أو جعله فى داره فقالا لا قيل ولو كان الحلال أكثر قالا وقياس الافتاء فى شرب

الخمر للتداوى انه يجوز فى لحم الخنزير وسئل الحسن بن على عن أكل الحية والقنفذ أو أكل الدواء الذى فيه الحية اذا أشار الطبيب الحاذق بانه يدفع العلة هل يحل أكله قال لا وسئل على بن أحمد عن خبز الخبز على نوعين نوع للجوارى ونوع لنفسه و يأكل ما يجعل لنفسه هل يأثم قال يكره له ذلك وسئل عن سؤر الهرة اذا عجن فيه الدقيق وخبز هل يكره أكله قال لا وسئل عن الخبز اذا عجن بالحليب قال لا يكره ولا باس به وعن قطع اللحم بالسكين قال لا بأس به وسئل عن عرق الآدمى ونخامته ودمعه اذا وقع فى المرقة أو فى الماء هل يأكل المرقة و يشرب الماء قال نعم مالم يغلب و يصير مستقذرا طبعا وسئل عن سن الآدمى اذا طحن فى الحنطة فالمنصوص عليه ان لا يؤكل وهل تدفن الحنطة أو تأكلها البهائم قال لا تأكلها البهائم وسئل عن الفارة تأكل الحنطة هل يجوز أكلها قال نعم لاجل الضرورة وسئل أبو الفضل عن اشعال التنور بأخثاء البقر هل يجوز اذا خبز بها الخبز قال يجوز أكل ذلك الخبز وسئل أبو حامد عن شعل التنور بأرواث الحمر هل يخبز بها قال يكره ولو رش عليه ماء بطلت الكراهة وعليه عرف أهل العراق ورماده طاهر وفى العتابية يكره الاكل والشرب متكئا أو واضعا شماله على يمينه أو مستندا ولا يسقى أباه الكافر خمرا ولا يناوله القدح و يأخذه منه ولا يذهب به الى البيعة ويرده منها و يوقد تحت قدره اذا لم يكن فيه ميتة وفى النوازل قال محمد بن مقاتل البطنة بطنتان أحدهما ان يتعمد الرجل السمن وعظم البطن فان هذا مكروه فامامن رزقه الله بطنا عظيما وكان ذلك خلقا من غير ان يتعمد السمن فلا شئ عليه قال الفقيه التأويل فى الخبر الذى ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم ان الله يبغض الحبر السمين معناه اذا تعمد السمن أما اذا خلقه الله سمينا فهو غير داخل فى الخبر اه وفى السراجية ويكره ان يلبس الرجل ثوبا فيه كتابة بذهب وفضة روى انه قول أبى يوسف وعلى قياس قول الامام لا يكره فلا بأس بلبسه اه قال رحمه الله ﴿والاكل والشرب والادهان والتطيب فى اناء ذهب وفضة للرجال والنساء﴾ لما روى حذيفة انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا فى آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا فى صحافهما وانها لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة رواه البخارى ومسلم وأحمد وروى عن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان الذى يشرب فى اناء الفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم فاذا ثبت فى الشرب فالاكل كذلك والتطيب لاستوائهم فى الاستعمال فيكون الوارد فيها واردا فيما هو فى معناها دلالة ولانها تنعم بتنعم المترفين والمسرفين وتشبه بهم وقد قال الله تعالى فيهم أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا وقال عليه الصلاة والسلام من تشبه بقوم فهو منهم والمراد بقوله كره كراهة التحريم و يستوى فيه الرجال والنساء لاطلاق ماروينا وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما أشبه ذلك من الاستعمالات ومعنى يجرجر يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته فى حنجرته قال فى النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة و يصب الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده وأخذ الدهن ثم يصب على الرأس لا يكره وعزاه الى الذخيرة وظاهر عبارة النهاية حيث عبر بقيل انه ضعيف قال فى الجامع الصغير قالوا وهذا اذا كان يصب من الآنية على رأسه أم بدنه أما اذا أدخل يده فى الاناء وأخرج منها الدهن ثم استعمل فلا يكره اه وهو يفيد صحته قال فى العناية وأرى انه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة والميل ولا بد أن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكر فى المحرمات واعترض صاحب التسهيل على ماقيل فى صورة الادهان وهو يقتضى انه لا يكره اذا أخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم أكل منها وكذا اذا أخذ بيده ثم أكل منها وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يصلح جوابا عما أورده صاحب العناية قال حيث قال بعد ذكر الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم اما الاول فلان من فى قولهم من اناء ذهب ابتدائية وأما الثانى فلان مرادهم أن الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاوانى الكبيرة المصوغة من الذهب والفضة لاجل أكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا أكل منها باليد أو الملعقة وأما اذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاوانى الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس لانها صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه وأما اذا أدخل يده وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك على العرف المحرم اه وأورد عليه بانه الموجود فى عبارة المتقدمين كالجامع الصغير والمحيط والذخيرة وانما وقع كله فى عبارة بعض المتأخرين والثانى أن العرف المتعارف فيه التناول باليد والمعرفة فيما ذكره لا تصلح فارقا وفى الفتاوى الغياثية ويكره أن يدهن رأسه بدهن من اناء فضة وكذا اذا صب الدهن على رأسه ثم مسح رأسه أو لحيته وفى الغالية

لا بأس به ولا يصب الغالية على الرأس من الدهن وفي المنتقى يكره أن يستجمر بمجمر ذهب أو فضة وهو مروي عن الامام وأبي يوسف وفي السراجية ويكره أن يكتب بقلم ذهب أو فضة أو دواة كذلك قال رحمه الله ﴿لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق﴾ يعني لا تكره الاواني من هذه الاشياء وقال الامام الشافعي تكره لانها في معنى الذهب والفضة قلنا لا نسلم ذلك ولان عادتهم لم تجر بالتفاخر بغير الذهب والفضة فلم تكن هذه الاشياء في معناهما فامتنع الالحاق بهما ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما روي عن عبد الله بن زيد قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضأ رواه البخاري وأبو داود وغيرهما ويستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه في معناه بل عينه قال رحمه الله ﴿وحل الشرب في اناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي موضع الفضة﴾ يعني يتقي موضعها بالفم وقيل بالفم واليد في الاخذ والشرب وفي السرج والكرسي موضع الجلوس وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة وكذا الكرسي المضبب بهما وكذلك اذا جعل ذلك في نصل السيف والسكين أو في قبضتهما ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك في المسجد أو حلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا اللجام والركاب المفضض وهذا كله عند الامام وقال أبو يوسف يكره ذلك كله وقول محمد يروى مع الامام ويروى مع الثاني وهذا الخلاف فيما اذا كان يخلص وأما المموه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة به قال الشارح للثاني ما روي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من شرب من اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني ورد عليه بعض حيث قال لو ثبتت هذه الزيادة كان حجة قاطعة على الامام لكن لم نجده في رواية البخاري وغيره الا خاليا عن هذه الزيادة اهـ أقول عدم وجدان تلك الزيادة فيما ذكر لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم ير محلها مع ان هذا القائل من فرسان ميدان علم الحديث فليتأمل وللامام ما روي من الاخبار مطلقا من غير قيد بشيء ولما روي عن أنس ان قدح رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فيه ضبة فضة ولان الاستعمال هو القصد للجزء الذي يلاقي العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم وكالعمامة المعلمة بالذهب وروي ان هذه المسئلة وقعت في مجلس أبي جعفر الدوانقي والامام حاضر وأئمة عصره حاضرون فقالت الائمة يكره والامام ساكت فقيل له ما تقول قال ان وضع فمه في موضع الفضة يكره والا فلا قيل له من أين لك قال أرأيت لو كان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه يكره ذلك فوقف الكل وتعجب ابو جعفر من جوابه وفي نوادر هشام في قارورة ذهب أو فضة يصب منها الدهن على رأسه والاشنان أكرهه ولا أكره الغالية وفرق بينهما بان في الغالية يدخل الانسان يده فاذا أخرجه الى الكف لم يكن استعمالا فاما الدهن فانه يستعمل ولا يشد الاسنان بالذهب ولو جدع انفه لا يتخذ أنفا من ذهب ويتخذه من الفضة عند الامام وعند الثالث يتخذ من الذهب لما روي عن عرفجة انه أصيب أنفه فاتخذ أنفا من الفضة فانتن فامر النبي عليه الصلاة والسلام بان يتخذ أنفا من الذهب ولان الفضة والذهب مستويان في الحرمة واذا سقطت ثنيته فانه يكره ان يعيدها ويشدها بذهب أو فضة ولكن يأخذ سن شاة مذكاة فيجعلها مكانها عند الامام وقال أبو يوسف يشدها بالذهب والفضة في مكانها كذا في المحيط مع بيان الدليل اهـ وفي العتابية وسلاسل الخيل من الفضة فيها الخلاف المتقدم اهـ قال رحمه الله ﴿ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة﴾ قال الشارح وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة لان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات اهـ أقول الظاهر ان أصل عبارة المؤلف في الحل والحرمة الضمني فاسقط بعض الكتبة لفظ الضمني فشاع ذلك واشتهر حتى اذا كان خادم كافرا أو أجير مجوسي فارسله ليشتري له لحما فقال اشتريت من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله وان قال اشتريت من مجوسي لا يسعه فعله لانه لما قبل قوله في حق الشراء منه لزم قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا وان كان لا يقبل قوله فيه قصدا بان قال هذا حلال أو هذا حرام ألا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا للارض يجوز وكم من شيء يصح ضمنا وان لم يصح قصدا كذا صرح به قاطبة ولو قال اشتريته من غير المسلم والكتابي فانه يقبل قوله في ذلك ويتضمن حرمة ما اشتراه كما صرح به أيضا قال رحمه الله ﴿والمملوك والصبي في الهدية والاذن﴾ والاصل أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا صغيرا كان أو كبيرا لعموم الضرورة الداعية الى ذلك والى سقوط اشتراط العدالة فان الانسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا

فى حرج عظيم وبابه مفتوح ولان المعاملات ليس فيها الزام واشتراط العدالة للالزام فلا معنى لاشتراطها فيها فاشترط فيها التمييز لا غير
فاذا قبل فيها قول المميز وكان فى ضمن قبوله فيها قبوله فى الديانات يقبل قوله فى الديانات ضمنا لما ذكرنا حتى اذا قال المميز أهدى اليك
فلان هذه الجارية أو بعثنى مولاى بها اليك وسعه الاخذ والاستعمال حتى جاز له الوطء بذلك لان الديانات دخلت تبعا للمعاملات
كما تقدم بخلاف الديانات المقصودة لانه لا يكثر وقوعها كالمعاملات ولا حرج فى اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه
متهم فيها وكذا الكافر والصغير لانهما متهمان فيها وأطلق فى الهدية والاذن فشمل ما اذا أخبر باهداء المولى نفسه أو غيره بان
يقول أهدانى اليك سيدى وشمل أيضا ما اذا أخبر المملوك باهداء الجوارى والمتاع وغيره كذا فى الهداية وغيرها وفى المحيط
والمعتوه كالصبى اهـ قال فى الهداية وفى الاذن بان جعل المولى عبده مأذونا له فى التجارة قال ولو أن رجلا قد علم ان جارية لرجل يدعيها
رجل فرآها فى يد رجل آخر يبيعها فقال الذى فى يده الجارية قد كانت كما قلت الا انها لى وصدقه فى ذلك وكان مسلما ثقة فلا بأس
بان يشتريها منه وفى الخانية ولا تقبل هدية ولا صدقة حتى يتحرى فان وقع فى قلبه انه صادق يقبل منه وان لم يقع تحريه على شئ
من ذلك بقى ما كان على ما كان وان وقع تحريه على انه كاذب لا يقبل منه قال فى التلويح قيل ذكر فخر الاسلام ان خبر
المميز الغير العدل يقبل فى الوكالة والهدايا من غير تحر وفى موضع آخر انه يشترط التحرى وهو المذكور من كلام السرخسى ومحمد
فقيل يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لهذه فيشترط ويجوز أن يشترط استحسانا ويجوز أن يكون فى المسئلة
روايتان قال رحمه الله ﴿والفاسق فى المعاملات لا فى الديانات﴾ يعنى يقبل قول الفاسق فيما ذكر لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا
ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا والتبين التثبت وهو طلب البيان وذلك بالتحرى وطلب الصدق فى خبره لان الفاسق قد يكون
ذا مروأة فيستنكف عن الكذب وقد يكون ذا خسة لا يبالى عن الكذب فوجب طلب التحرى فان وقع تحريه على أنه صادق
يقبل قوله والافلا والاحوط والاوثق أن يريقه ويتيمم وفى المحيط ولو أخبر بذلك فاسق أو من لا تعرف عدالته فان غلب على
ظنه صدقه قد يسمع قوله والافلا اهـ ولا يقبل قول الذمى وفى الخانية أى لان الكافر يعتقد ان المسلم على دين باطل فيقصد
الاضرار به للعداوة فترجح الكذب فى خبره فلا يجب التحرى بل يستحب لان احتمال الصدق قائم بخلاف ما لو أخبره فاسق فان
التحرى يجب لاستواء الصدق والكذب فيه كذا فى المحيط قال الشارح ولا يقبل فى الديانات قول المستور فى ظاهر الرواية وعن
أبى حنيفة انه يقبل ويقبل فى الديانات قول العبد والاماء اذا كانوا عدولا لترجح جانب الصدق فى خبرهم والوكالة من المعاملات
والاذن فى التجارة من المعاملات وكل شئ ليس فيه الزام ولا ما يدل على النزاع فهو من المعاملات فان كان فيه شئ من ذلك لا يقبل
فيه خبر الواحد ومن الديانات الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال ملك قال السغناقى لا يقبل خبر العدل فى الديانات اذا كان فيه زوال
ملك حتى لو أخبر رجل عدل أو امرأة الزوجين بانهما ارتضعا على فلانة لا يقبل بل لا بد من الشهادة اهـ فان قلت لماذا اشترط
فى قبول خبر العدل عدم زوال الملك ولم يشترط ذلك فى قبول خبر الصبى والمملوك حتى لو قال الصبى أو العبد سيدى أهدى اليك هذه
الجارية قبل قوله وفيه زوال الملك مع ان العبد أدنى حالا من الحر العدل قلنا لان ملكه للرقبة أدنى حالا من ملك النكاح بدليل
اشتراط الشهادة فى ملك النكاح دون ملك الرقبة فلهذا اشترط فى خبر الحر ما ذكر دون خبر الصبى فتأمل اهـ وحاصله ان الخبر
أنواع أحدها خبر الرسول فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثانى خبره فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند الثانى وهو
اختيار الجصاص خلافا لابى الحسن الكرخى حيث يشترط فيه الثواب عنده وشهر رمضان من القسم الاول والثالث حقوق
العباد فيما فيه الزام من وجه دون وجه فيشترط فيه احدى شرطى الشهادة اما العدد أو العدالة خلافا لهما حيث يقبل فيها خبر كل مميز
والرابع العلامات وقد بينا حكمها اهـ وفى التتارخانية وشرط أن يكون المخبر عدلا مسلما والحاكم الشهيد ذكر فى المختصر العدالة
ولم يذكر الاسلام وتبين بما ذكر الحال وان ذكر الاسلام اتفاقى وليس بشرط اهـ قال رحمه الله ﴿ولو أخبر مسلم ثقة حر أو عبد
ذكر أو أنثى انه ذبيحة مجوسى وقال الباقون بل حلال وهم عدول أخذ بقولهم﴾ وكذا لو أخبره عدلان لان الصدق يترجح بزيادة
العدد فى الخبر بخلاف الشهادة فان كانوا متهمين أخذ بقول الواحد لانه لا يجوز ابطال خبر العدل بخبرهم وان كان فيهم واحد عدل
يتحرى كما لو أخبره عدلان أحدهما بالحل والآخر بالحرمة يجب ترجيح أحدهما بالتحرى وان لم يكن له رأى واستويا عنده
فلا بأس بان يأكل بخلاف ما اذا روى أحدهما خبرا بحرمة وروى أحدهما بحل ترجح الحرمة على الحل بجعل الحرمة ناسخا ولو أخبره

اثنان بالحل وواحد بالحرمة فلا بأس با كله ولو أخبره حران بحرمة وعبدان بحل يترجح خبر الحرين بالحرمة ولو أخبره حران عدلان بحل وأربعة عبيد بحرمة أو رجل بحل وامرآتان بحرمة ترجح بالذكورية والحرية ومن اشترى جارية فاخبره مسلم ثقة انها حرة الاصل أو أخته من الرضاع فله أن يطأها وان تنزه فهو حسن لان شهادة الواحد لا تبطل الملك ولا توجب حرمة الرضاع ولو ملك طعاما أو جارية بسبب فشهد مسلم ثقة ان المملك غصبه من فلان تنزه عن أكلها ووطئها ولو أخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي وأخبره القصاب بانه ذبيحة مسلم والقصاب عدل تنزه عن ذلك ولو فعل لا شئ عليه ولو عرف جارية لزيد ورآها في يد غيره لم يسعه ان يشتريها مالم يعرف انها ملك الذى في يده أو مأذون في بيعها رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها فغاب عنها وأخبره ثقة حر أو عبد أو محدود في قذف انها ارتدت عن الاسلام وسعه ان يتزوج أربعة سواها اذا كان أكبر رأيه انه صادق وان كان أكبر رأيه انه كاذب لا يتزوج الا ثلاثا امرأة غاب عنها زوجها فأخبرها مسلم ثقة بانه مات أو طلقها ثلاثا وكان غير ثقة ٧ أو أتاها كتاب بالطلاق ولا تدرى أهو كتابه أولا الا ان أكبر رأيها انه حق فلا بأس أن تعتد وتتزوج ولو أخبرها رجل ان أصل النكاح كان فاسدا تتزوج بقوله ان كان ثقة ولو شهد المرأة ان زوجها طلقها ثلاثا أو مات وهى تجحد ثم ماتا أو غابا قبل الشهادة عند القاضي لم يسع المرأة أن تقيم معه ولا أن تمكنه من نفسها ولا ان تتزوج بغيره وكذا اذا سمعت الطلاق منه وهو يجحد فحلفه القاضي وردها اليه لم يسعها المقام عنده ولا ان تعتد وتتزوج بغيره ولو شهد عند الامة عدلان ان مولاها أعتقها وهو يجحد تمنعه من القربان وغيره كذا في المحيط مختصرا قال رحمه الله ﴿ومن دعى الى وليمة وثمة لعب وغناء يقعد ويأكل﴾ يعنى اذا أحدث اللعب والغناء بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج ولا يخفى ان قوله وثم الى آخره جملة حالية عن نائب فاعل دعى فيفيد وجود ذلك حال الدعوة فلو قال فحضر لعب لكان أولى فتأمل وعللوا ذلك بان اجابة الدعوة سنة لقوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة كصلاة الجنازة لاجل النائحة فان قدر على المنع منع قال في العناية أخذا من النهاية قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاجل الفرض تحمله لاجل السنة أجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تركها لقوله فقد عصى أبا القاسم الحديث فأورد على ان هذا بانهم ان أرادوا بقولهم في قوة الواجب مثل الواجب في الاحكام فهو مشكل لوجوب الفرق بينهما في الاحكام بان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل حرمان الشفاعة وان أرادوا بانها في قوة الواجب مجرد بيان تأكيد السنة فلا يجدى نفعا وأجيب بان اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا انها تنقلب الى الواجب بقاء بعد الحضور حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه فصار نظير الصلاة النافلة تنتقل الى الواجب بل الى الفرض بالتزامه بالشروع أشار اليه صاحب الهداية فيكون قوله كصلاة الجنازة قياس واجب على واجب وبيان تقريب الدليل ببيان ان الدعوى على ثلاثة أوجه الاول اذا دعى الى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شئ من البدع أصلا والثانى اذا دعى الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة ان ثمة شيأ من البدع أصلا ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث اذا دعى الى ذلك وذكر ان ثمة شيأ من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففى الوجهين الاولين كانت الدعوى على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة للمدعو اه وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يقبله ولقائل أن يقول الحديث المذكور يشمل ما بعد الحضور وما قبله لانه قد تقرر في الاصول ان المعرف بالالف واللام اذا لم تكن للعهد الخارجى فهو للاستغراق فيعم كل دعوة وقد يجاب عنه بانه وان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع اه فان كان ممن يقتدى به فلم يقدر على منعهم خرج ولم يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وما حكى ان الامام وقع له ذلك كان قبل أن يصير قدوة وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد وان كان هناك لعب وغناء قبل أن يحضر فلا يحضر لانه لا يلزمه الاجابة اذا كان هناك منكر لما روى عن على قال صنعت للنبى صلى الله عليه وسلم طعاما فدعوته له فحضر فرأى في البيت تصاوير فرجع وعن ابن عمر قال نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وان يأكل وهو منسطح رواه أبو داود ودلت المسئلة على ان الملاهى كلها حرام حتى التغنى بضرب القصب قال عليه الصلاة والسلام ليكونن من أمتى أقوام يستحلون الخز والحرير والخمر والمعازف أخرجه البخارى وفى لفظ آخر ليشربن اناس من أمتى الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤسهم بالمعازف والمغنيات يخسف الله بهم الارض ويجعل منهم القردة والخنازير واختلفوا في التغنى المجرد قال بعضهم انه حرام مطلقا

والاستماع

والاستماع اليه معصية لاطلاق الحديث وهو اختيار شيخ الاسلام ومنهم من قال لا بأس به ليستفيد به فهم المعاني والفصاحة ومنهم من جوز التغني لدفع الوحشة اذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي لانه روى ذلك عن بعض الصحابة ولو كان في الشعر حكم أو قصة لا يكره وكذا لو كان فيه ذكر امرأة غير معينة وكذا لو كانت معينة وهي ميتة ولو كانت حية يكره كذا في الشارح وفي المحيط ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل زوجته وقوسه وفرسه لانه يصد عن الجمع والجماعات وسبب للوقوع في فواحش الكلام وغيره واستماع صوت الملاهي حرام كالضرب بالقصب وغيره قال عليه الصلاة والسلام استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر وهذا خرج على وجه التشديد لانه يكفر وعن الحسن بن زياد لا بأس بان يكون في العرس دف يضرب به ليشتهر و يعلن النكاح وسئل أبو يوسف أيكره للمرأة أن تضرب في غير فسق للصبي قال لا أكره ولا تركب امرأة مسلمة على السرج لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله العروج على السروج هذا اذا ركبت متلهية أو متزينة لتعرض نفسها على الرجال فان ركبت لحاجة كالجهاد والحج فلا بأس به رجل أظهر الفسق في داره فللامام أن يتقدم عليه فان لم يمتنع فالامام بالخيار ان شاء ضربه أسواطا وان شاء أخرجه من داره لان الكل يصلح للتعزير قال أبو يوسف في دار يسمع منها مزامير ومعازف أدخل عليهم بغير اذنهم لأن منع الناس عن اقامة هذا الفرض ولو رأى منكرا وهو ممن يرتكب هذا المنكر له أن ينهى عنه لان الواجب عليه ترك المنكر والنهي عن المنكر فاذا ترك أحدهما لا يترك الآخر اهـ وفي الذخيرة وغيرها لا بأس بضرب الدف في العرس والوليمة والاعياد وكذا لا بأس بالغناء في العرس والوليمة والاعياد حيث لا فسق وفي الخلاصة وعن عمر انه أحرق بيت الخمار وعن الامام الزاهد الصفار انه أمر بتخريب دار الفسق بسبب الفسق وفي الظهيرية لا بأس بالمزاح بعد أن لا يتكلم بكلام فيه مأثم ويقصد به اضحاك جلسائه وفي الجامع الصغير للعتابي وكل لعب غير الشطرنج فهو حرام وفي الحاوي سئل عمن رأى رجلا سرق مال انسان قال ان كان لا يخاف الظلم منه يخبر به وان كان يخاف ترك وفي الظهيرية الامر بالمعروف باليد على الأمير وباللسان على العلماء وبالقلب على عوام الناس وهو اختيار الزندويسي وفي الخانية رجل دعاه الامير فسأله عن أشياء ان تكلم بما يوافق الحق لا يرضيه فانه لا ينبغي له أن يتكلم بما يخالف الحق وهذا اذا كان لا يخاف القتل على نفسه ولا اتلاف عضوه ولا يخاف على ماله واذا خاف ذلك منه فانه لا بأس به اهـ والله أعلم

﴿فصل في اللبس﴾ لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه فقدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد من احتياجه الى النظر لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني اهـ قال رحمه الله ﴿حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير الا قدر أربع أصابع﴾ يعني يحرم على الرجل لا على المرأة لبس الحرير واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها وانما حرم لبس الحرير على الرجال دون النساء لما روى أبو موسى الاشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أحل الذهب والحرير للاناث من أمتي وحرم على ذكورها رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام قال من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة الا ان اليسير معفو عنه وهو مقدار أربع أصابع لما روى أحمد ومسلم والبخاري نهى عن لبس الحرير الا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربع الحديث قال رحمه الله ﴿وحل توسده وافتراشه﴾ يعني للرجال والنساء وهذا عند الامام وقال مالك يكره له ذلك كذا في الجامع الصغير وذكر القدوري قول أبي يوسف مع محمد وذكره أبو الليث مع أبي حنيفة لمحمد ما روى عن أبي حذيفة انه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج وان يجلس عليه رواه البخاري وقال سعد بن أبي وقاص لأن أتكئ على جمر الغضا أحب الي من أن أتكئ على مرافق الحرير وللامام ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة من حرير ولان القليل من الملبوس يباح فكذا القليل هنا ولان النوم والافتراش والتوسد اهانة ولان المحرم اللبس والافتراش والنوم علة الجلوس وجعله ستارة وتعليقه وجعله بيتا ليس عرفا فلا يحرم ولا يكره تكة الحرير وتكة الديباج ولو جعل الحرير بيتا أو علقه قال الامام لا يكره وقال محمد يكره كذا في المحيط قال الشراح يعني الرجل والمرأة جميعا في هذا الحكم يعني في عدم كراهة توسده الى آخره أو كراهته عند محمد اهـ ولك أن تقول تعميم قول أبي يوسف رحمه الله في الكراهة للنساء مشكل فان قوله عليه الصلاة والسلام حلال لاناثهم يعم التوسد والافتراش والجلوس والستارة وجعله بيتا فكيف يترك العمل

بعموم هذا الحديث فليتأمل وقد يجاب بان الحل للنساء لاجل التزين للرجال وترغيب الرجل فيها وفى وطئها وتحسينها فى منظره فالعلة
النقلية منظور فيها الى هذه العقلية والدليل على ذلك تحريمه على الرجل والحل للنساء والعلة العقلية لم توجد فى التوسد وغيره فلهذا
قالا يكره ذلك للنساء فتأمل وفى النصاب ويكره اتخاذ الخلخال فى رجل الصغير اه قال رحمه الله ﴿ ولبس ماسداه حرير ولحمته
قطن أوخز ﴾ يعنى حل للرجال لبس هذا لان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم لمسدى بالحرير ولان الثوب
لايصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة أوتقول لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر التى تظهر
فى المنظروهى اللحمة فتكون العبرة لما يظهر دون مايخفى والديباج لغة وعرفا ما كان كله حريرا قال فى المغرب الديباج الذى
سداه ولحمته ابريسم قال فى النهاية وغيرها وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لايجوز لبسه فى غير الحرب
بالاتفاق وأما فى الحرب فعند الامام لايجوز وعندهما يجوز والثانى ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا بأس به بالحرب وغيره
والثالث عكس الثانى وهو مباح فى الحرب دون غيره كماسيأتى والخز وبر دابة تخرج من البحر يؤخذ وينسج قال رحمه الله
﴿ وعكسه حل فى الحرب فقط ﴾ يعنى ولو عكس المذكور وهو أن تكون لحمته حريرا وسداه غيره وهو لايجوز الا فى الحرب
لما ذكرنا ان العبرة باللحمة ولايجوز لبس الحرير الخالص فى الحرب عند الامام وعندهما يجوز لما روى انه عليه الصلاة والسلام
رخص فى لبس الحرير الخالص فى الحرب ورخص فى لبس الخز والديباج فى الحرب لأن فيه ضرورة لان الخالص منه أدفع لمعدة
السلاح وأهيب فى عين العدو لبريقه وللامام اطلاق النصوص الواردة فى النهى عن لبس الحرير من غير تفصيل والضرورة
اندفعت بالمخلوط فلاحاجة الى الخالص وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا أرى بحشو القز لان الحشو
غير ملبوس فلا يكون ثوبا قال هذا الجواز فى الحرب اذا كان الثوب صفيقا يجىء منه باس الى ارتهاب العدو فى الحرب وأما اذا كان
رقيقا لايجىء منه الارتهاب للعدو فانه يكره بالاجماع ولوجعل ظهارة أو بطانة فهو مكروه لان كليهما مقصود وتقدم لوجعل محشوا
كذا فى المحيط وفى التتارخانية وانما يكره اللبس اذا لم تقع الحاجة فى لبس فلو كان به جرب أوحكة كثيرا ولايجد غيره لا يكره لبسه
وفى السراجية ويكره أن يلبس الذكور قلنسوة الحرير ويكره لبس الثوب المعصفر وفى المنتقى عن الامام يكره للرجال أن يلبسوا
الثوب المصبوغ بالعصفر أوالورس أوالزعفران وفى الذخيرة عن محمد النهى عن لبس المعصفر قيل المراد به ان يلبس المعصفر ليحبب
نفسه للنساء وورد اياكم والاحمر فانه زى الشيطان ولا يكره اللبد الاحمر للسرج وفى الذخيرة وسئل عن الزينة والتجمل
فى الزينة فقال ورد عنه عليه الصلاة والسلام أنه خرج وعليه رداء قيمتها أربعة آلاف درهم فقال اذا أنعم الله على العبد بنعمة
يحب أن يظهر أثرها عليه قال الامام بالجواز وفى الخلاصة لا بأس بلبس الثياب الجميلة اذا كان لايتكبر عليه فيه ولا بأس بجمع
المال من الحلال اذا كان لايضيع الفرائض ولايمنع حقوق الله تعالى وفى التتمة ارخاء الستر فى البيوت مكروه وفى الظهيرية يجوز
للانسان أن يبسط فى بيته ماشاء من الثياب المتخذة من الصوف والقطن والكتان المصبوغة وغير المصبوغة والمنقشة وغير المنقشة
وله أن يستر الجدار باللبد وغيره ويجوز أن يبسط مافيه صورة وفى الفتاوى العتابية ويكره أن يتخذ للجوارى ثيابا كالرجل
ويتخذ لهن ثيابا كثياب النساء ويكره للرجال السراويل التى تقع على ظهر القدم وفى الملتقط ولا بأس بجلود النمور وسائر السباع
وفى الابانة يجوز لبس النعل المسمر بالمسامير الحديد وفى الذخيرة الثوب المتنجس بنجاسة تمنع جواز الصلاة هل يجوز لبسه فى غير
الصلاة عن أبى يوسف لايجوز لبسه فى غير الصلاة بلا ضرورة قال رحمه الله ﴿ ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة الا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة ﴾ لما روينا غيران الخاتم وماذكر مستثنى تحقيقا لمعنى النموذج والفضة لانهما من جنس واحد ٧ وكان للنبى
صلى الله عليه وسلم خاتم من فضة وكان فى يده الى أن توفى ثم فى يد أبى بكر الى أن توفى ثم فى يد عمر الى أن توفى ثم فى يد عثمان الى أن وقع
فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده ووقع الخلاف بين الصحابة والتشويش من ذلك الوقت الى أن استشهد والسنة فى حق
الرجل أن يجعل فص الخاتم فى باطن كفه وفى حق المرأة أن تجعله فى ظاهر كفها لانها تتزين به دون الرجل ولا بأس بالتختم بالفضة
اذا كان له حاجة اليه كالقاضى والسلطان ولغير ذلك مكروه لما روى انه عليه الصلاة والسلام رأى فى يد رجل خاتما أصفر فقال مالى
أجد منك رائحة الاصنام ورأى فى يد آخر خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية أهل النار وروى عن ابن عمر أن رجلا جلس الى
النبى صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فاعرض عنه والتختم بالذهب حرام ومن الناس من أطلق التختم بحجر يقال له يشب لانه

٧ هكذا بالنسخ والنظر ما معناه فليتأمل اه مصححه

ليس

ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر والحلقة هى المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا يعتبر بالفص لانه يجوز من الحجر والاولى أن لا يتختم اذا كان لا يحتاج اليه ولا بأس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص يعنى فى ثقبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابسا ولا يزيدونه على مثقال لقوله عليه الصلاة والسلام اتخذه من ورق ولا تزده على مثقال وورد النص بجواز التختم بالعقيق وقال عليه الصلاة والسلام تختموا بالعقيق فانه مبارك الحديث وفى الحاوى ولا بأس أن يتخذ الرجل خاتم فضة فان جعل فصه من عقيق أو ياقوت أو فيروزج أو زمرد فلا بأس به وان نقش عليه اسمه أو اسم أبيه أو اسما من أسماء الله فلا بأس به ولا ينبغى أن ينقش عليه تماثيل من طير أو هوام الارض ولا بأس بان يشرب من كفه وفى خنصره خاتم ذهب ولا بأس بمسمار الذهب يجعل فى الفضة وفى الينابيع كان صلى الله عليه وسلم يتختم باليمين وأبو بكر وعمر بالشمال وفى الفتاوى وينبغى أن يلبس الخاتم فى خنصره اليسرى دون سائر أصابعه ولا ينبغى أن يخضب يد الصغير أو رجله قال رحمه الله ﴿والافضل لغير السلطان والقاضى ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل فى حجر الفص﴾ وقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿وشد السن بالفضة﴾ يعنى يحل شد السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب وقال محمد يحل بالذهب أيضا وقدمنا بيان ذلك قال رحمه الله ﴿وكره الباس ذهب وحرير صبيا﴾ لان التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبى قال رحمه الله ﴿لا الخرقة لوضوء أو مخاط والرتم﴾ يعنى لا تكره الخرقة لوضوء ولا الرتم وفى الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التى يمسح بها العرق لانها بدعة ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة ولا من التابعين وانما كانوا يمسحون فى أرديتهم وفيها نوع تجبر والصحيح انه لا يكره الرتم لان عامة المسلمين قد استعملوا فى عامة البلدان مناديل للوضوء والخرق لمسح العرق والمخاط وحمل شئ يحتاج اليه وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حملها لغير حاجة يكره والرتم هو الرتيمة وهى الخيط للتذكر يعقد فى الاصابع وكذا الرتمة فقيل الرتم ضرب من الشجر وقال معناه كان الرجل اذا خرج الى سفر عمد الى هذه الشجرة فعقد بعض أغصانها ببعض فاذا رجع وأصابه بتلك الحالة قال لم تخن امرأتى وان أصابه قد انحل قال خانتنى ثم الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهو خيط كان يربط فى العنق أو فى اليد فى الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم وذكر فى حدود الايمان انه كفر والرتيمة مباح لانها تربط للتذكير عند النسيان وقد ورد انه عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بها وتعلق بها غرض صحيح فلا يكره بخلاف التميمة فانه عليه الصلاة والسلام قال فيها ان الرقى والتمائم والتولة ٧ شركة على ما يجىء ان شاء الله تعالى

﴿فصل فى النظر والمس﴾ ولما أنهى الكلام على مسائل اللبس وقدمه لشدة الاحتياج اليه ذكر بعده مسائل النظر لانها أكثر وقوعا من مسائل الاستبراء فلذا قدمها ومسائل النظر أقسام أربعة نظر الرجل الى المرأة ونظر المرأة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والقسم الاول منها على أربعة أقسام نظر الرجل الى الاجنبية ونظره الى زوجته وأمته ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير والدليل على جواز النظر ما روى ان أسماء بنت أبى بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا وأشار الى وجهه وكفيه قال رحمه الله ﴿لا ينظر الى غير وجه الحرة وكفيها﴾ قال الشارح وهذا الكلام فيها خلل لانه يؤدى الى انه لا ينظر الى شئ من الاشياء الا الى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا الى النظر الى هذين العضوين والى ترك النظر الى كل شئ سواهما اه ولا يخفى على متأمل عدم هذا الخلل لان حرف الى يدل عن من الابتدائية التى الى غايتها فهو فى قوة المنطوق فالتقدير لا يجوز له النظر من المرأة الى غير الوجه وكفيها فقد أفاد منع النظر منها غير الوجه وكفيها الا التحريض فتدبره واستدل الشارح على جواز النظر الى ما ذكر بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال على وابن عباس ما ظهر منها الكحل والخاتم لا الوجه كله والكف فلا يفيد المدعى فتأمل والاصل فى هذا أن المرأة عورة مستورة لقوله عليه الصلاة والسلام المرأة عورة مستورة الا ما استثناه الشرع وهما عضوان ولان المرأة لا بد لها من الخروج للمعاملة مع الاجانب فلا بد لها من ابداء الوجه لتعرف فتطالب بالثمن ويرد عليها بالعيب ولا بد من ابداء الكف للاخذ والعطاء وهذا يفيد أن القدم لا يجوز النظر اليه وعن الامام انه يجوز ولا ضرورة فى ابداء القدم فهو عورة فى حق النظر وليس بعورة فى حق الصلاة كذا فى المحيط وعن الثانى يجوز النظر الى ذراعيها أيضا لانه يبدو منها عادة وما عدا هذه الاعضاء لا يجوز النظر اليها لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة

صب فى عينيه الآنك يوم القيامة الحديث وهو الرصاص المذاب وقالوا ولا بأس بالتأمل فى جسدها وعليها ثياب مالم يكن ثوب يبين حجمها فلا ينظر اليه حينئذ لقوله عليه الصلاة والسلام من تأمل خلف امرأة من وراء ثيابها حتى تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة واذا كان الثوب لا يصف عظامها فالنظر الى الثوب دون عظامها فصار كما لو نظر الى خيمة فيها فلا بأس به قيدنا بالنظر لانه يكره له أن يمس الوجه والكف من الاجنبية كذا فى قاضيخان وشمل كلامه الحر المسلم البالغ والرقيق البالغ والصبى المراهق والكافر كذا فى الغياثية وفيها ولا بأس بالنظر الى شعر الكافرة اه قال رحمه الله ﴿ولا ينظر من اشتهى الى وجهها الا الحاكم والشاهد وينظر الطبيب الى موضع مرضها﴾ والاصل انه لا يجوز أن ينظر الى وجه الاجنبية بشهوة لما روينا الا للضرورة اذا تيقن بالشهوة أو شك فيها وفى نظر من ذكرنا مع الشهوة ضرورة فيجوز وكذا نظر الحاقن والحاقنة فيجوز وكذا نظر الختان اذا أراد أن يداوى مع الختان وكذا يجوز النظر للهزال الفاحش لانه أمارة البرص ويجب على القاضى والشاهد أن يقصدا أداء الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الامكان هذا وقت الاداء وأما وقت التحمل فلا يجوز أن ينظر اليها مع الشهوة لانه يوجد غيره ممالا يشتهى فلا حاجة اليه قال فى الغياثية واختلف المشايخ فيما اذا دعى الى التحمل وهو يعلم انه اذا نظر اليها يشتهى فمنهم من جوز ذلك بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة والاصح انه لا يجوز له ذلك قال بعض شراح الهداية وقد ينور هذا اباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ولا يقال الشاهد مخير هنا بين حسنتين اقامة الحد والتحرز عن التملك ٧ وهو أفضل فاذا كان أفضل فكيف جاز النظر لاقامة الشهادة لانا نقول الضرورة والحاجة محققة فى النظر الى العورة الغليظة عند التحمل بالنسبة لارادة اقامة الحد وان لم تكن الضرورة والحاجة محققة بالنظر الى الستر فالاباحة بالنظر الى الاول فان قلت لماذا جاز لشاهد الزنا النظر عند التحمل ولو اشتهى ولم يجز لغيره وقت التحمل قلنا انما جاز له لان مقصوده اقامة الشهادة فلهذه الضرورة جاز قالوا الا انه يوجد غيره ممن لا يشتهى فان قيل يمكن هنا أيضا أن يوجد غيره ممن لا يشتهى قلنا لو طلب غيره ممن لا يشتهى لفرغ من فعل الزنا فلهذا جاز هنا ولو اشتهى فتدبره والطبيب انما يجوز له ذلك اذا لم يوجد امرأة طبيبة فلو وجدت فلا يجوز له أن ينظر لان نظر الجنس الى الجنس أخف وينبغى للطبيب أن يعلم امرأة ان أمكن وان لم يمكن ستر كل عضو منها سوى موضع الوجع ثم ينظر ويغض ببصره عن غير ذلك الموضع ان استطاع لان ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها واذا أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر اليها وان خاف أن يشتهى لقوله عليه الصلاة والسلام انظر اليها لانه أحرى أن يدوم بينكما ولا يجوز له أن يمس وجهها ولا كفها وان أمن الشهوة لوجود المحرم ولانعدام الضرورة وقال عليه الصلاة والسلام من مس كف امرأة ليس له فيها سبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة قال فى التتارخانية أصاب امرأة قرحة فى موضع لا يحل للرجل النظر اليه فان لم يوجد امرأة تداويها ولم يقدر أن يعلم امرأة تداويها يستر منها كل شئ الا موضع القرحة ويغض بصره ما أمكن ويداويها وفى المحيط أيضا ويجوز للمرأة اذا كانت تولد أخرى أن تنظر الى فرجها وان تمس فرجها اه وقيدوا جواز النظر دون المس عند ارادة الزواج اذا كانت شابة تشتهى وأما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس بدنها لانعدام خوف الفتنة وعن أبى بكر رضى الله عنه أنه كان يصافح العجائز فاذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها يحل له المصافحة وان كان لا يأمن عليها ولا على نفسه لا تحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة فحاصله انه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين فى رواية وفى أخرى يكفى أن يكون أحدهما مأمونا كبيرا لان أحدهما اذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع فى الفتنة كالصغير ووجه الاولى ان الشاب اذا كان لا يشتهى بمس العجوز فالعجوز تشتهى الشاب لانها علمت بملاذ الجماع فيؤدى الى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدى الى الاشتهاء من الجانبين لان الكبير لا يشتهى بمس الصغير ولهذا اذا مات صغيرا أو صغيرة تغسله المرأة والرجل مالم تبلغ حد الشهوة وكذا يجوز النظر الى الصغير والصغيرة والمس اذا كان لا يشتهى قال رحمه الله ﴿وينظر الرجل الى الرجل الا العورة﴾ وهى ما بين السرة والركبة والسرة ليست من العورة والركبة منها وانما لم ينبه المؤلف هنا لما قدم فى كتاب الوضوء وقد بينا الدليل هناك وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السرة حتى ينكر عليه فى كشف الركبة برفق وفى الفخذ بعنف وفى السرة بضرب وفى التتمة والابانة كان أبو حنيفة لا يرى بأسا بنظر الحمامى الى عورة الرجل وفى الكافى وعظم الساق ليس بعورة وفى الذخيرة وما جاز النظر اليه جاز مسه قال محمد بن مقاتل لا بأس أن يتولى صاحب الحمام عورة انسان بيده

عند التنور اذا كان يغض بصره قال الفقيه وهذه في حال الضرورة لا في غيرها وينبغي لكل انسان أن يتولى عورته بنفسه عند التنور وفي التتمة البيت الصغير في الحمام يدخله الرجل يحلق عانته هل يحل له أن يكون فيه عريانا حتى يبصر ازاره فقال في المدة اليسيرة يجوز وقال أبو الفضل لا بأس به وقال غيره يأثم به وقالوا كشف العورة في بيت بغير حاجة فقالوا يكره اهـ قال رحمه الله تعالى ﴿والمرأة للمرأة والرجل للرجل﴾ وهذا هو القسم الرابع من التقسيمات ومعناه المرأة للمرأة والرجل للرجل يعني نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل حتى يجوز للمرأة أن تنظر منها الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل اذا أمنت الشهوة والفتن لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه الرجال والنساء فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة وان كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها انها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف لانه محرم عليه والفرق ان الشهوة عليهن أغلب وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت لم توجد الامنها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين أقوى في الافضاء الى الوقوع وانما جاز ماذكرنا المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن وعن الامام أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها أن تنظر الى الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجل يحتاج الى زيادة الانكشاف وفي الرواية الاولى يجوز وهو الاصح وما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز مسه لانه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة قال في النهاية وهذا دليل على انهن لا يمنعن دخول الحمام لان العرف ظاهر به في جميع البلدان وبناء الحمامات للنساء وحاجة النساء الى الحمام فوق حاجة الرجال لان المقصود من دخوله الزينة والمرأة الى هذا أحوج من الرجال ويمكن للرجل دخول الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك غالبا اهـ وحكي ان الامام دخل الحمام فرأى رجلا مكشوف العورة يقال له بطرطاو كان رجلا متكلما فغض أبو حنيفة بصره فقال له العاصي مذ كم أعمى الله بصرك قال مذ هتك الله سترك اهـ وفي الكافي وعظم الساق ليس بعورة اهـ قال رحمه الله ﴿وينظر الرجل الى فرج أمته وزوجته﴾ يعني عن شهوة وغير شهوة قال عليه الصلاة والسلام غض بصرك الاعن زوجتك وأمتك وما روى عن عائشة قالت كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم في اناء واحد ولانه يجوز له المس والغشيان فالنظر أولى الا ان الاولى أن لا ينظر كل منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أتى أحدكم زوجته فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد البعير لان النظر الى العورة يورث النسيان وكان ابن عمر يقول الاولى النظر الى عورة زوجته عند الجماع ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة وعن أبي يوسف سألت الامام عن الرجل يمس فرج أمته أو هي تمس فرجه ليحرك آلته أليس بذلك بأس قال أرجو أن يعظم الاجر والمراد بالامة التي يحل وطؤها وأما اذا كانت لا تحل كامته المجوسية أو المشركة أو أخته رضاعا أو أم امرأته أو بنتها فلا يحل له النظر الى فرجها وفي الينابيع ولا يحل له أن يأتي زوجته في الدبر الا عند أصحاب الظاهر وهو خلاف الاجماع قال رحمه الله ﴿ووجه محرمه ورأسها وصدرها وساقها وعضدها الا الى ظهرها وبطنها وفخذها﴾ يعني يجوز النظر الى وجه محرمه الى آخره ولا يجوز الى ظهرها الى آخر ما ذكر والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالرأس موضع التاج والشعور والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضع القلادة والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان ولا احتشام والمرأة تكون في بيتها في ثياب بذلة ولا تكون مستورة عادة فلو أمرت بالستر من محارمها لحرجت حرجا عظيما والشهوة فيهن منعدمة من المحارم بخلاف الاجنبي والمحرم من لا يحل نكاحها على التأبيد بنسب ولا سبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بالزنا وقيل ان كانت حرمة المصاهرة ثابتة بالزنا لا يجوز له النظر الى ما ذكر كالاجنبي لان الحرمة في حقه بطريق العقوبة لا بطريق النعمة فلا يظهر فيما ذكرنا والاول أصح اعتبارا للحقيقة ولك أن تقول الانسب أن لا يذكر الفخذ هنا لانه علم عدم جواز نظر المحرم الى هذا من عدم جواز نظر الرجل الى الرجل فيه بطريق الاولى لان نظر الجنس الى خلاف الجنس فيه أغلظ فان قلت المقصود من ذكر الفخذ بيان الواقع والتصريح بما علم مما تقدم التزاما قلت ان كان هذا هو المراد فالانسب أن يذكر الركبة بدل الفخذ لان حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف

منه فى السوأة فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة بكونها أخف واما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوأة بالاولى لانهما أقوى منها
فى حرمة النظر واستدل الشارح وصاحب النهاية والمجتبى على الحل والحرمة لملابسة الآية التقدير واعترض بان الآية انما تدل على الحل
لا الحرمة والاولى كما فى البدائع الاستدلال بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى موضع الزينة
الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية واعترض بعض المتأخرين على الدليل العقلى وهو قولنا يدخل من غير استئذان
بما ذكر فى البدائع ان المحارم لا تدخل عليهن من غير استئذان ربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره له ذلك وهذا
غفلة منه لان المراد ان لا يجب عليه الاستئذان لا الندب قال فى البدائع لا يحل للرجل أن يدخل بيت غيره من غير استئذان وان
كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان الا ان الامر فى الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل فتلخص من عبارته ان الدخول
فى بيت الاجنبى من غير استئذان حرام وفى بيت محارمه من غير استئذان مكروه والله الموفق ثم قال تاج الشريعة فان قلت اذا جاز
الدخول من غير استئذان فعلى هذا ينبغى ان لا يقطع اذا سرق من بيت أمه من الرضاع لجواز ما ذكر لنقصان الحرز فى حقه قلت
لا يقطع عند البعض واما جواز الدخول عليها من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده أن المحارم من حيث الرضاع لا يكون لهم
الدخول عليها من غير استئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض اه كلامه ولك ان تقول ليس هذا الجواب بتام اما كونه
لا يقطع عند البعض فهو قول أبى يوسف وعلى قولهما يقطع وهو المختار بظاهر الرواية وقد تقدم السارق فى باب السرقة لان الحرز
فى حقهم كامل اه قال رحمه الله ﴿ويمس ما يحل له النظر اليه﴾ يعنى يجوز أن يمس ما حل له النظر اليه من محارمه ومن الرجل
لا من الاجنبية لتحقق الحاجة الى ذلك من المسافرة والمخالطة وكان عليه الصلاة والسلام يقبل رأس فاطمة ويقول أجد منها ريح
الجنة وقال من قبل رأس أمه فكأنما قبل عتبة الجنة ولا باس بالخلوة معها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخلون رجل بامرأة
ليس منها سبيل ٧ فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم تكن محرما لان المحرم بسبيل منها الا اذا خاف على نفسه أو عليها الشهوة فحينئذ
لا يمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها لقوله عليه الصلاة والسلام العينان يزنيان وزناهما النظر واليدان يزنيان وزناهما البطش والرجلان
يزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك أو يكذبه فكان فى كل واحد منها زنا والزنا محرم بجميع أنواعه وحرمة الزنا بالمحارم أشد
وأغلظ فيجتنب الكل ولا باس بالمسافرة بهن لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام الا بزوج أو محرم وان
احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس ان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها من وراء اذا أمنا الشهوة وان خاف عليها
أو على نفسه أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده فان أمكنها الركوب بنفسها تمتنع من ذلك أصلا وان لم يمكنها تتلفف بالثياب كى
لا تصل حرارة عضوها الى عضوه وان لم تجد الثياب فليدفع عن نفسه بقدر الامكان ولا باس بان يدخل على الزوجين محارمهما
وهما فى الفراش من غير وطء باستئذان وكذا الخادم حين يخلو الرجل باهله وكذا الامة ويكره ان يأخذها بيده ويدخلها ويعلم
الناس انه يريدها اه ﴿فروع﴾ قال فى الجامع الصغير ويكره تقبيل غيره ومعانقته ولا باس بالمصافحة لما روى انه عليه الصلاة
والسلام سئل أيقبل بعضنا بعضا قال لا قالوا أو يعانق بعضنا بعضا قال لا قالوا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم قال مشايخنا ان كان يأمن
على نفسه من الشهوة وقصد البر والاكرام وتعظيم المسلم فلا بأس به والحديث محمول على هذا التفصيل المصافحة سنة قديمة متوارثة
وفى النوادر وتقبيل يد العالم والسلطان العادل لا باس به لما روى عن سفيان انه قال تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة وفى جامع
الجوامع ولا باس ان تمس الامة الرجل وتغمزه وتدهنه ما لم يشتهه الا ما بين السرة والركبة وفى التتارخانية ولم يذكر محمد فى شئ من
الكتب الخلوة والمسافرة باماء الغير وقد اختلفوا فيه فمنهم من قال لا يحل واليه مال الحاكم الشهيد ومنهم من قال يحل وبه قال الامام
شمس الأئمة السرخسى والذين قالوا بالحل اختلفوا فيما بينهم بعضهم قال ليس له ان يعالجها فى النزول والركوب وبعضهم قال له ذلك
ان أمن على نفسه الشهوة عليها وفى الغياثية والغلام الذى بلغ الشهوة كالبالغ والكافر كالمسلم هذا الذى ذكرناه اذا كانت شابة
فان كانت عجوزا قال فى التتارخانية فان كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها وان تغمز رجله وكذا اذا كان شيخا
يامن على نفسه وعليها وفى الغياثية ولا باس ان يعانقها من وراء الثياب الا ان تكون ثيابها رقيقة تصل حرارة بدنها اليه وفيما اذا
كان الماس هو المرأة قال ان كانت ممن لا يجامع مثلها ولا يجامع مثله فلا باس بالمصافحة فليتأمل عند الفتوى فان كانت صغيرة لا تشتهى
أو لا يشتهى مثلها فلا بأس بالنظر اليها ومسها قال رحمه الله ﴿وأمة غيره كمحرمه﴾ لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها

فى

فى ثياب بذلة وحالهامع جميع الرجال كحال المرأةمع محارمهاوكان عمر رضى الله عنه اذارأى أمةمتقنعةعلاهابالدرة وقال ألقى عنك الخمارأتتشبهين بالحرائر يادفار واعترض كيف عزرهاعلى السترالذى هوجائز والتعزير انمايكون على ارتكاب المحظورات والمحرمات وأجيب بانه انمافعل ذلك لان الفساق اذاتعرضواللحرائر كان ذلك أشدفسادا والتعرض للاماءدون ذلك فى الفساد ففعل ذلك لئلايجب الاول فيكون فيه تقليل الفساد قال فى المحيط ويحل للامةالنظرالى الرجل الاجنبى الى كل شئ منه ومسه وغمزه ماخلاتحت السرةالى الركبة اه ولايجوزان ينظرالى بطنهاوظهرها كالمحارم خلافالمحمدبن مقاتل فانه يقول بالجواز قال رحمه الله ﴿وله مس ذلك اذا أرادالشراء وان اشتهى﴾ يعنى جازله ان يمس كل موضع يجوزله ان ينظراليه كالصدر والساق والذراع والرأس ويقلب شعرهااذا أرادالشراءوان خاف ٧ على الشراء فيباح له النظر والمس للضرورة وهوارادةالشراء وفى الشارح أمةالرجل تكبس رجل زوجها ويخلو بهاولايمنع من ذلك أحد وأم الولدوالمدبرة والمكاتبة كالامةلقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبةعندالامام قال رحمه الله ﴿ولاتعرض الامةاذابلغت فى ازار واحد﴾ يعنى اذا أرادان يعرض أمته للبيع فلايعرضهافى ازارواحد اذا كانت بالغة والمرادبالازارمايسترمابين السرةالى الركبة لان ظهرهاوبطنهاعورة ولايجوز كشفها والتى بلغت حدالشهوة فهى كالبالغة لاتعرض فى ازارواحدروى ذلك عن محمدلوجودالاشتهاء قال رحمه الله ﴿والخصى والمجبوب والمخنث كالفحل﴾ لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوامن أبصارهم وهم ذكور فيدخلون تحت الخطاب العام وقالت عائشة الخصى مثلة ولايبيح ما كان حراماقبله ولان الخصى ذكر يشتهى ويجامع وهوأشدجماعالان آلته لاتفترفصاركالفحل والمجبوب ذكر يشتهى ويسحق وينزل قال بعض المتأخرين يسحق بفتح الياء ويسحق بضمها قال العينى أى ينزل الماء وحكمه كاحكام الرجال فى كل شئ وقطع تلك الآلة كقطع عضومنه فلايبيح شيأ كان حراما وان كان المجبوب قدجف ماؤه فقدرخص له بعض أصحابنا الاختلاط مع النساء لوقوع الامن من الفتنة قال الله تعالى والتابعين غيرأولى الاربة من الرجال فقيل هوالمجبوب الذى قدجف ماؤه والاصح أنه لايحل له لعموم النصوص وكذا المخنث وهوالذى يأتى الردىء من الافعال لايحل له بالاتفاق لانه كغيره من الفساق فيبعدعن النساء وان كان مخنثاباقواله وأفعاله متكسرافى أعضائه ولينافى لسانه وهولايشتهى النساء فقدرخص له بعض مشايخنا الاختلاط بالنساء وفى الابانة الاصح انه لايحل له وقالوا الابله الذى لايدرى مايصنع بالنساء وانماهمه بطنه يرخص له الخلوة بالنساء والاصح له المنع ولابأس بدخول الخصى على النساءمالم يبلغ حدالحلم وهوخمسة عشرةسنة قال رحمه الله ﴿وعبدها كالاجنبى من الرجال﴾ حتى لايجوزلهاأن تبدى زينتهاله الامايجوزان تبديه للاجنبى ولايحل له ان ينظرمن سيدته الامايجوزله ان ينظراليه من الاجنبية قال الامام مالك والشافعى نظره اليها كنظرالرجل الى محارمه لقوله تعالى أوماملكت أيمانكم ولنا انه فحل غيرمحرم ولازوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرةلانه يعمل خارج البيت والآيةواردة فى الاماء قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن لايغرنكم سورةالنورفانهاواردة فى الاناث لافى الذكور ولهذالايجوزلهاان تسافرمعه لانه أجنبى عنها وفى المحيط والعبد فى النظرالى سيدته التى لاقرابة بينه وبينهابمنزلةالرجل الاجنبى سواء كان العبدخصياأومجبوباأوفحلا وفى قاضيخان وللعبدان يدخل على سيدته بغيراذنهابالاجماع قال رحمه الله ﴿ويعزل عن أمته بلااذنهاوعن زوجته باذنها﴾ يعنى لووطئ أمته فله اذا أرادالانزال ان ينزل خارج فرجهابغيراذنها اماالزوجة فليس له ذلك الاباذنها لانه عليه الصلاةوالسلام نهى عن العزل عن الحرة الاباذنها ولان الحرة لهاحق فى الوطء حتى كان لهاالمطالبة به قضاءلشهوتها وتحصيلاللولد ولهذاتخير فى الجب والعنة ولاحق للامة فى الوطء والعزل لماذكرنا ولوكانت تحته أمةغيره فقدذكرناحكمه فى النكاح لايقال هذه مكررةمع قوله فى النكاح والاذن فى العزل لسيدالامة لانانقول ذاك فى الامةالمتزوجة وهذافى الامةالموطوءةبملك اليمين لايقال حق المرأة فى أصل قضاءالشهوة لافى وصف الكمال وهوالانزال ألاترى ان من الرجال من يجامع ولاماءله ينزله فى فرجها ولايكون لهاحق الخصومةمعه فيماذكرلعدم الصنع من الرجل اماههنااذا كان له ماءفله الصنع فى العزل فلهاان تطالبه بذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل فى الاستبراء وغيره﴾ قال الشارح أخرالاستبراءلانه احترازعن ملك مقيدوالمقيدبعدالمطلق وقال بعض الفضلاءفان قلت أين الاحترازعن الوطءالمطلق فيماسبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أوالاشارة فانه يضمن اللمس فالنهى عن المسمى نهى عنه فالمذا عنوابه الوطء فتأمل اه أقول لاالسؤال شئ ولاالجواب اماالاول فلانهم ماقالوا الان الاحترازمن الوطءالمطلق فيماسبق بل مرادهم

ان الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فاخر مايتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فانه يتصور ان يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق فى ضمنه فيصح ان يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على ان المركب بعد المفرد كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية وأما الثانى فلان بناءه على ان يكون المراد ان الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت مافيه وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنوا به الوطء لان النهى عن المس اذا كان نهيا عن الوطء وكان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا فكان ينبغى ان لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالا كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالا ثم أقول الظاهر ان مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم فى مسئلة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل ان يطأ الرجل فاذا قرب الانزال فينزل خارج الفرج وأن مرادهم بالوطء المقيد ههنا ماقيد بزمان الوطء فان الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفى العزل مطلق عنه فان المراد بالوطء المذكور فى عنوان الفصل السابق أيضا مافى ضمن تلك المسئلة كما نبهت عليه فى صدر ذلك الفصل ﴿فروع﴾ تتعلق بالنساء رجل له امرأة لا تصلى يطلقها حتى لا يصحب امرأة لا تصلى فان لم يكن له مايعطى مهرها فالاولى ان لا يطلقها قال الامام أبو جعفر الكبير صاحب محمد بن الحسن لأن ألقى الله ومهرها فى عنقى أحب الى من ان أطأ امرأة لا تصلى غمز الاعضاء فى الحمام من غير ضرورة مكروه وفى الذخيرة وفى مجموع النوازل انه يباح ذلك فيما فوق السرة ودون الركبة ويباح فيما بينهما وبعض مشايخنا قالوا لا بأس بذلك بشرطين أحدهما ان لا يغسل الخادم حيته لان فيه اهانة صاحب اللحية ولا يغمز رجله لان فيه اهانة بالخادم قال الفقيه أبو جعفر سمعت الشيخ الامام أبا بكر يقول لا باس بان يغمز الرجل الى الساق ويكره أن يغمز الفخذ ويمسه من وراء الثوب وكان الامام أبو بكر يقول لا باس بان يغمز الرجل رجل والديه ولا يغمز فخذ والديه وفى السراجية ولا باس أن يغمز الاجنبية الرجل فوق الثياب اذا لم يكن فيه خوف الفتنة وفى التتمة وسئل الجندى عمن له أم هل يجوز له أن يغمز بطنها وظهرها من وراء الثياب قال ان أمسكه يعتقد حرمته كالخمر يمسكه المسلم للمسلم لا يكره وان أمسك يعتقد الاباحة كما لو أمسك للكافر يكره سئل أنس بن أنس عن قوم أرادوا الخروج على سلطانهم لجوره هل يحل لهم ذلك فاجاب وقال ان كانوا اثنى عشر ألفا وكلمتهم واحدة يسعهم ذلك وان كانوا أقل من ذلك لا يسعهم ذلك وسئل الفقيه أبو بكر عن قراءة القرآن أهو أفضل للفقيه أم دراسة الفقه قال حكى عن الفقيه أبى مطيع انه قال النظر فى كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام ليلة وفى النوازل عن أبى عاصم انه قال طلب الاحاديث حرفة المفاليس يعنى به اذا طلب الحديث ولم يطلب فقها وفى النسفية اجتمع قوم يوما من الاتراك والامراء وغيرهم فى موضع الفساد فنهاهم شيخ الاسلام عن المنكر فلم ينزجروا فاستدعى المحتسب وقوما من باب السيد الامام الاجل ليعرفوهم ولير يقوا خمورهم فذهبوا مع جماعة من الفقهاء فظفروا ببعض الخمور فاراقوها وجعلوا الملح فى بعض الدنان للتخلل فاخبروا الشيخ بذلك فقال لا تدعوا واكسروا الدنان كلها وأريقوا مابقى وان جعلوا الملح فيها قال وقد ذكر فى عيون المسائل من أراق خمور المسلمين وكسر دنانهم وشق زقاقهم اذا ظهر فيما بين المسلمين بطريق الامر بالمعروف فلا ضمان عليه وسئل عن قوم من اليهود اشتروا دارا او بستانا من دور المسلمين فى مصر واتخذوها مقبرة هل يمنعون من ذلك فقال لا لانهم ملكوها فيفعلون ماشاؤا كالمسلمين وقد صحت الرواية فى المبسوط ان صاحب الدار لو رفع بناء فمنع جاره الشمس أو الريح أو نقب جداره أو فتح أبوابا لم يمنع من ذلك وان لحق جاره نوع ضرر لانه لم يتصرف الا فى ملك نفسه وسئل عن دارين لرجلين سطح أحدهما أعلى من الآخر ومسيل ماء العليا على الاخرى فاراد صاحب سطح السفلى أن يرفع سطحه أو يبنى على سطحه علوا هل يحل له ذلك قال نعم وفى التتمة سالت أبا حامد عن رجل له ضيعة أرضها مرتفعة هل يجوز له أن يسد النهر يوما أو بعض يوم بغير رضا الاسافل حتى يسقيها قال نعم وسئل عن الرجل يبنى على حائط نفسه بناء أزيد مما كان هل لجاره أن يمنعه قال لا وان بلغ عنان السماء وسئل أبو الفضل عمن يأخذ خراج القرية عن حفر النهر العظيم فيحفرونه بامسحتهم من غير أن يصرف شيأ من الخراج الى الحفر وهناك من الاقوياء من لا يحفر ولا يبعث أحدا هل له أن يسقى منها أم لا قال يمنع من الماء ﴿الاستبراء لغة طلب البراءة مطلقا سواء كان فى الفروج أو فى غيرها وفى الشرع طلب براءة رحم المرأة المملوكة وصفته انه واجب وسبب وجوبه ملك الامة ودليله قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهو يفيد وجوب الاستبراء وأما حكمه فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة اهـ قال رحمه الله ﴿من

ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها ﴿ لقوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد لانه هو الموجود فى هذه الصورة وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن اختلاط الانساب والاشتباه والولد عن الهلاك لان من لا نسب له هالك لعدم من يربيه ومن ينفق عليه قال صاحب الايضاح والاصلاح يرد عليه انهم يشكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم امكان الاختلاط بينهما فكيف يكون حكمة الاستبراء وأجيب بان المنفى الاختلاط حقيقة والذى بنوا عليه هنا الاختلاط حكما وهو أن يبين الولد من أى ماء هو قال تاج الشريعة وانما قيدنا بالماء المحترم وان كان الحكم فى غير الماء المحترم كذلك كالحامل من الزنا حملا لحال المسلم على الصلاح وتعبير المؤلف بملك أولى من تعبير صاحب الهداية بالشراء لعموم الملك والشراء من أسباب الملك كما سيأتى وأقول فى اطلاق قوله ملك نظر لان من ملك جارية وهو زوجها لا يجب عليه الاستبراء أو كانت تحت غيره بنكاح ولكن طلقها زوجها بعد أن استبرأها وقبضها لم يلزمه الاستبراء فى شئ من هذه الصور فكان المناسب أن يخرج هذه الصورة ولما كان السبب احداث ملك الرقبة المؤكد باليد نفذ الحكم الى سائر أسباب الملك من الشراء والهبة والصدقة والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشترى من مال الصبى ومن المرأة والمملوكة ومن لا يحل له وطؤها وكذا ان كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب المذكور وادارة الحكم على الاسباب دون الحكم لعدم الاطلاع عليها لحقائقها ۷ ولا يعتد بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء قبل القبض ولا بالولادة التى ولدتها بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابى يوسف وكذا لا يعتد بالحيضة التى حاضتها قبل الاجازة فى بيع الفضولى وان كانت فى يد المشترى ولا يعتد بالحيضة التى بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا وتجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم فى ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة ويعتد بالحيضة التى حاضتها وهى مجوسية أو مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهذا استحداث الملك واليد ۷ ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وفى الاكمل هنا اذا أبقت فى دار الاسلام ثم رجعت فان أبقت فى دار الحرب ثم عادت الى مولاها بوجه من الوجوه فكذا عند الامام وعندهما يجب الاستبراء لانهم يملكونها ولو أقال البائع المشترى قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء وكان أبو حنيفة يقول أولا بالوجوب ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ فى الاصل فصار كانه لم يكن ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عند العبد فان لم يكن على العبد دين اعتد بتلك الحيضة لانها دخلت فى ملك المولى من وقت الشراء وان كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما وعند الامام لا يعتد بتلك الحيضة بناء على ان المولى لا يملكه وقد تقدم ولو باع جارية على انه بالخيار وقبضها ثم أبطل البيع فى مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء ان كان المشترى لم يطأ وان كان قد وطئ فعليه الاستبراء ولو زوجها بعد الشراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء فى ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض فالمختار انه يجب واذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعى أيضا لانها تفضى الى الوطء أو يحتمل وقوعه فى غير الملك قال فى العناية واستشكل حيث تعدى الحكم من الاصل وهى المسة الى الفرع وهو غيرها حتى حرمت الدواعى فى المسة دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المفيد لذلك وهو الرغبة فى المشتراة دون غيرها والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل كما تقدم فى الحديث وفى الاستبراء فى ذوات الاشهر بالشهر لانه قائم فى حقهن مقام الحيض فان حاضت فى أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر وتستبرئ بالحيضة لانها صارت قادرة على الاصل فاذا ارتفع حيضها يتركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل واقعها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو بثلاث وعن محمد باربعة أشهر وعشرة أيام قال فى الخلاصة وعليه عمل الناس الآن وفى الاكمل والاصح أنه يتركها شهرين أو ثلاثة وعن محمد يتركها شهرين وخمسة أيام ولا باس بالاحتيال فى اسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد وقد بيناذلك فى كتاب الشفعة والمأخوذ به قول أبى يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها فى طهرها ذلك ويؤخذ بقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشترى حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها هكذا ذكره فى الهداية قال الشارح وهذا لا يفيد اذا كان القبض بعد الشراء لانه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء وانما يفيد لو كان القبض قبل الشراء لكيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين وعندى يشترط أن يدخل بها قبل الشراء

لان ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة ان ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة بخلاف ما اذا دخل بها بعد الشراء لانها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح فلا يلزمه الاستبراء ذكره قاضيخان فى فتاواه ولو كان تحته حرة فالحيلة أن يتزوّجها البائع قبل الشراء أو المشترى قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها و يقبضها ثم يطلقها الزوج لانه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا له فلا يجب عليه الاستبراء وان دخل بعد ذلك لان العبرة لأوان السبب قال فى الاكمل فى هذه الصورة هذا اذا طلقها الزوج بعد القبض لانه لو طلقها قبل القبض كان على المشترى الاستبراء اذا قبضها فى أظهر الروايتين اه قال رحمه الله ﴿له أمتان اختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بملك أو نكاح أو عتق﴾ قال الشارح ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج أحدهما كان أحسن لانهما يحرمان عليه لا احداهما فحسب اه ولا يخفى أن أحد الدائر بين الشيئين أو أشياء يفيد حرمتهما الا حرمة أحدهما فحسب كما توهم الشارح قال فى العناية وهذه على ثلاثة أوجه اما أن يقبلهما أو لا يقبلهما أو يقبل احداهما فان لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل أو يطأ أيهما شاء سواء اشتراهما معا أو متعاقبا وان قبل احداهما كان له أن يقبل المقبلة وأن يطأها دون الاخرى وان قبلهما بشهوة فهى مسئلة المتن قيد بقوله بشهوة لانها اذا لم تكن بشهوة لا تكون معتبرة أصلا وانما حرمتا لان الجمع بينهما نكاحا ووطأ لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين والمراد به الجمع بينهما على ماذكرنا ولا يعارضه قوله تعالى وما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم روى ذلك عن على قال أحلتهما آية وحرمتهما آية والمحرم مقدم وكذا يحرم الجمع بينهما فى الدواعى لان الدواعى للوطء بمنزلة الوطء لان النص مطلق فيتناولهما ومسهما بشهوة أو النظر الى فرجهما كتقبيلهما حتى يحرما عليه الا اذا حرّم فرج أحدهما لما ذكرنا لزوال الجمع لتحريم فرج احداهما عليه وتمليك البعض كتمليك الكل واعتاق البعض كاعتاق الكل أما عندهما فظاهر لانه لا يتجزأ وكذا عند الامام وان كان يتجزأ لكنه يحرم الوطء وكتابة احداهما كاعتاقهما لان فرجها يحرم بالكتابة ورهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا يحل الاخرى لان فرجها لا يحرم بهذه الاشياء قال تاج الشريعة فان قلت الاصل فى الدلائل الجمع فأمكن هنا بأن يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح أو ما ملكت أيمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذى يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم وقوله بملك أراد به التمليك بان يملك رقبتها من انسان بأى سبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة والصلح والخلع والمهر وأراد بقوله أو نكاح النكاح الصحيح فاذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا تحل له الاخرى لان فرجها لم يصر حراما عليه بهذا العقد الا اذا دخل بها الزوج فلم يصر جامعا بوطء الاخرى ولا بوطء الموطوأة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا بمنزلة الاجنبى قال رحمه الله ﴿وكره تقبيل الرجل الرجل ومعانقته فى ازار واحد ولو كان على قميص جاز﴾ كالمصافحة وفى الجامع الصغير يكره تقبيل الرجل فم الرجل أو يده أو يعانقه وذكر الطحاوى أن هذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قبل جعفرحين قدم من الحبشة وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال أول من عانق ابراهيم خليل الرحمن كان بمكة فقدم ذو القرنين اليها فقيل له بهذه البلدة خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم الخليل فسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان أول من عانق ولهما ماروى عن أنس قال قلنا يارسول الله أينحنى بعضنا البعض قال لا قلنا أيعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهى التقبيل وماروى بخلافه منسوخ به وقال الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار وان كان عليهما قميص أو جبة فلا بأس به بالاجماع وهو الذى اختاره الشيخ فى المختصر والشيخ الامام أبو منصور الماتريدى وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وما كان على وجه المبرة والكرامة فجائز ورخص السرخسى و بعض المتأخرين فى تقبيل يد العالم المتورع والزاهد على وجه التبرك وقد تقدم وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقى غيره فمكروه وما يفعله من السجود بين يدى السلطان فحرام والفاعل والراضى به آثمان لانه أشبه بعبدة الاوثان وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية وقال شمس الائمة السرخسى السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر وذكر الفقيه أبو الليث التقبيل على خمسة أوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده وقبلة التحية كتقبيل المؤمنين بعضهم لبعض وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه وقبلة المودّة كقبلة الرجل أخاه على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته وأمته وزاد بعضهم قبلة الديانة كقبلة

الحجر الاسود وأما القيام للغير فقد جاء فى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام خرج متكئا على عصا فقمنا له فقال عليه الصلاة والسلام لاتقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وعن الشيخ أبى قاسم كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له فى ذلك فقال ان الاغنياء يتوقعون منى التعظيم فلو تركت تعظيمهم يتضررون والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون منى فى ذلك وانما يطمعون فى رد السلام والكلام فى العلم ولا بأس بالمصافحة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال من صافح أخاه المسلم وحرك يده فى يده تناثرت ذنوبه وفى حديث آخر ما من مسلمين التقيا فتصافحا الا غفر لهما قبل أن يتفرقا ولا بأس بمصافحة العجوز التى لا تشتهى ولا يمس الرجل المرأة وهما شابان سواء كانت الصغيرة ماسة أو البالغ ماس اهـ والله تعالى أعلم

﴿فصل فى البيع﴾ قدم فصل البيع ٧ عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم قال رحمه الله ﴿كره بيع العذرة لا السرقين﴾ لان المسلمين يتمولون السرقين وانتفعوا به فى سائر البلاد والامصار من غير نكير فانهم يلقونه فى الاراضى لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها الا مخلوطة برماد أو تراب غالب عليها فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن الامام أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز ٧ بغلبة يجوز بيع الخالصة وفى المحيط رجل يبيع ويشترى على الطريق فأراد انسان أن يشترى منه شيأ فان لم يكن فى قعوده ضرر بالناس وسعه أن يقعد فى الطريق ويشترى منه وان كان فيه ضرر يكره له أن يشترى منه وهو المختار لانه يكون معينا له على الاثم والعدوان وان صبى جاء الى سوق بخبز أو بلبس أو بعدس فلا بأس بان يبيع منه البصل والثوم وغير ذلك لانه مأذون فيه عادة ويكره أن يبيع منه الجوز والفستق حتى يسأله هل أذن له بذلك أبوه أم لا لانه غير مأذون فى ذلك عادة وفيه وأما المغنى والنائحة والقوال اذا أخذ المال هل يباح له ان كان من غير شرط يباح لانه أعطاه المال عن طوع من غير عقد وان كان من عقد لا يباح له لانه أجر على المعصية اهـ وفى السراجية يكره بيع الغلام الامرد ممن عرف باللواطة رجل اشترى عبدا مجوسيا فأبى أن يسلم وقال ان بعتنى من مسلم قتلت نفسى جاز له أن يبيعه من المجوسى ولا بأس بان يبيع الزنار من النصارى والقلنسوة من اليهود وفى جامع الجوامع عن الثانى باع ثورا من المجوسى لينحره فى عيدهم يقتلوه بالعصا لا بأس به وفى التتمة سئل على بن أحمد أهل بلد تزادوا فى موازينهم فيما يوزن بزيادة فوق الزيادة فى سائر البلدان وبعضهم يوافق وبعضهم لا يوافق أتحل لهم تلك الزيادة فقال لا قالوا ولو اتفق الكل على ذلك قال لا وفى السراجية رجل اشترى لحما أو سمكا أو شيأ من الثمار فذهب المشترى ليأتى بالثمن وأبطأ فخشى البائع أن يفسد فانه يبيعه من غيره ويحل شراء ذلك منه واذا مرض الرجل فاشترى له ابنه أو ولده جاز اهـ قال رحمه الله ﴿وله شراء أمة زيد قال بكر وكلنى زيد ببيعها﴾ يعنى ان جارية لانسان فرآها فى يد آخر يبيعها فقال له وكلنى مولاها بالبيع حل له أن يشتريها منه ويطأ لانه أخبره بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد فى المعاملات مقبول كما تقدم وكذا اذا قال اشتريتها منه أو وهبنى أو تصدق على فله الشراء ولا فرق بين أن يعلم أنها له أو لم يعلم لان خبره هو المعتمد عليه اذا كان ثقة فان كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادعى الملك أو غيره فان كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه الشراء على ما تقدم وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لا يتعرض لشئ من ذلك لان أكبر رأيه يقوم مقام اليقين وان لم يخبره صاحب اليد بشئ من الوكالة وانتقال الملك اليه فان كان يعرف أنها لغيره لا يشترى حتى يعرف أن الملك انتقل اليه لان يد الاول دليل الملك فان كان لا يعرف أنها لغيره وسعه أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا الا أن مثله لا يملك مثلها كدرة فى يد كناس فحينئذ يستحب له أن يتنزه عنها ولو اشتراها مع ذلك صح لاعتماده على الشرعى وهو اليد وان كان الذى أتاه بها عبدا فانه لا يقبلها ولا يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره فلو قال له أذننى مولاى فى بيعها وهو ثقة قبل قوله قال صاحب العناية فان قبل قوله وهو ثقة يناقض قوله يقبل على أى صفة وأجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب لمروأته ولوجاهته بقى أن يقال مما ذكرهنا أن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة ولا بد فى قبول قوله اذا كان غير عدل أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق وقدم فى أول هذا الكتاب أن يقبل فى المعاملات خبر الفاسق مطلقا ولا يقبل فى الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان أكبر رأى السامع أنه صادق فما ذكرهنا مخالف لما تقدم لان الذى اعتبر فى الديانات دون المعاملات اعتبر هنا فى المعاملات أيضا والجواب أن خبر الفاسق انما يقبل فى الديانات اذا حصل بعد التحرى وفى المعاملات ذكر فخر الاسلام خبر العدل يقبل فيهما من غير تحر وهو المذكور فى الجامع الصغير وفى موضع آخر يشترط فيها التحرى وهو المذكور

هكذا بالنسخ ولعل صوابه أخر كما يقتضيه تعليله والواقع لانه قدم هذه الفصول فليتأمل

فى كتاب الاستحسان فيشترط التحرى فى المعاملات استحسانا ولا يشترط التحرى فيها رخصة فما ذكر فى أوله لبيان الرخصة وهو عدم التحرى وما ذكرهنا بيان الاستحسان كما فى التلويح قال فى الخانية فلو لم يقل صاحب اليد وكانى ولكن قال قد كان ظلمنى وغصبنى الجارية فاخذتها منه لا ينبغى له ان يشتريها منه وان كان عدلا وفى الخزانة وان قال كان غصبها منى فلان فارتجعتها منه بلارضا ولا قضاء لا يصدق وكذا اذا قال قضى القاضى لى بالجارية فاخذها منه ودفعها الى فلا باس ان يشتريها منه ان كان عدلا وان قال قضى بها القاضى فجحدنى قضاءه فاخذتها فلا ينبغى له ان يشتريها منه ولو كان عدلا وفى الخانية قال اشتريت هذه الجارية من فلان ونقدته الثمن ثم جحد البائع البيع فاخذتها منه لا ينبغى له ان يقبل قوله وفى فتاوى العتابية ولو لم يذكر الجحود على الشراء منه ينبغى له ان يقبل قوله اذا كان عدلا وان كان المخبر على الجحود فاسقا يعتبر فيه أكبر رأيه كما تقدم وفى الفتاوى الغياثية ولو ورثه أو أبيح له فاخبره عدل بانه غصبه وكذبه ذو اليد فهو متهم فيجوز له ان يشتريها قال محمد هذا اذا لم يجئ التشاجر والتجاحد من الذى كان يملك فان جاءت المشاجرة والانكار من المالك لا يقبل خبر المخبر سواء كان فاسقا أو عدلا ولو شهد شاهدان عدلان عند البيع ان مولاها قد أمر البائع ببيعها فاشتراها بقولهما ونقد الثمن وقبضها وحضر مولاها فانكر الوكالة كان المشترى فى سعة من امسا كها وفى الخانية وكان له ان يتصدق بها حتى يخاصمه المولى الى القاضى بخلاف ما لو كان المخبر واحدا قال الا ان يكون خاصم عند القاضى وقضى القاضى بالملك فان استحلف المالك على الوكالة فانه لا يسعه امسا كها ما لم يجدد الشاهدان الشهادة على الوكالة بين يدى القاضى حتى يقضى القاضى بالوكالة وفى الخزانة خمسة أشياء لا يقبل قول الواحد فيها اذا اشترى شيأ فاخبره رجل انه لغير البائع وباعه بغير أمره لا يصدقه وجاز تصرفه فيه واذا تزوج فاخبره رجل انها أخته من الرضاع ويتنزه عنها واذا اشترى طعاما شراء فاخبره ثقة انه حرام أو غصبه البائع لا يصدق فى الغصب ويصدق فى الحرام رأى رجلا قتل ولداه بالسيف وجحد قتله لا يصدق ووسع من عاين ذلك ان يعينه على قتله ٧ قال محمد ولو ان رجلا تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فاخبره مخبر أنها قد ارتدت عن الاسلام والعياذ بالله تعالى فان كان المخبر بذلك عدلا وفى الفتاوى الغياثية وهو حر أو مملوك أو محدود فى قذف وسعه ان يصدقه وان يتزوج باختها وأربع سواها وان كان فاسقا تحرى فى ذلك وفى الخانية وان لم يكن المخبر ثقة وفى البزازية فان كان أكبر رأيه انه صادق فكذلك وان كان أكبر رأيه انه كاذب لم يتزوج أكثر من ثلاث هكذا ذكر المسئلة فى كتاب الاستحسان وتلك المسئلة فى السير الكبير انه لا يسعه ان يتزوج باختها وأربع سواها ما لم يشهد عنده رجلان أو رجل وامرأتان وذكر شيخ الاسلام فى شرح كتاب الاستحسان اختلاف الروايتين فى رواية ولم يذكر ردة المرأة وذكر شمس الائمة السرخسى اختلاف الروايتين ردة الرجل لا تثبت عند المرأة الا بشهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين على رواية السير الكبير ردة المرأة تثبت عند الزوج بخبر الواحد باتفاق الروايات قال شمس الائمة الحلوانى والصحيح ان فى المسئلة روايتين على رواية السير لا يثبت ردة المرأة عند الزوج ولا ردة الزوج عند المرأة الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وفى الذخيرة ثم فرق على رواية كتاب الاستحسان بينما اذا أخبر عن ردتهما قبل النكاح فقال اذا قال للزوج تزوجتها وهى مرتدة لا يسعه ان يأخذ بقوله وان كان عدلا واذا أخبر عن ردتها بعد النكاح وسعه ان يصدقه فيما قال ويتزوج باختها وأربع سواها وكذلك لو ان رجلا تزوج جارية رضيعة ثم غاب عنها فاتاه رجل وأخبره انها أمه أو بنته أو أخته أو رضيعة امرأته الصغيرة فان كان المخبر عدلا وسعه ان يصدقه ويتزوج باختها وأربع سواها وان كان فاسقا يتحرى فى ذلك قال فى الهداية لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على اقدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد فى افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وأجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب ودليل ملك الزوج فيها فى الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال وأجيب بانه اذا تضمن ابطال الملك الثابت قال شيخ الاسلام رواية السير تحتاج الى الفرق بين الرضاع وبين الردة وان لم يقل هكذا ولكنه قال كنت تزوجتها يوم تزوجتها وهى أختك من الرضاعة فانه لا يسعه أن يتزوج أختها ولا أربعا سواها ان كان المخبر عدلا واذا غاب الرجل عن امرأته فاتاها مسلم عدل وأخبرها ان زوجها طلقها ثلاثا أو مات عنها فلها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر وان كان المخبر فاسقا يتحرى وفى الفتاوى الغياثية وكذلك اذا جاءها كتاب بطلاق أو موت وغلب فى ظنها ذلك وفى فتاوى أبى الليث اذا شهد شاهدان عند المرأة بالطلاق فان كان الزوج غائبا وسعها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر وان كان حاضرا ليس

طها

لها أن تمكن نفسها من زوجها وكذلك ان سمعته طلقها وجحد الزوج ذلك وحلف فردها القاضي عليه لم يسعها المقام معه وينبغي لها أن تفتدي بمالها وتهرب منه وان لم تقدر على ذلك قتلته واذا هربت منه لم يسعها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر قال شمس الائمة السرخسي ليس لها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر جواب القاضي اما فيما بينها وبين الله تعالى فلها أن تتزوج بعد ما اعتدت اه ثم اذا أخبرها عدل مسلم انه مات زوجها كذا انما تعتمد خبره اذا قال عاينته ميتا وقال شهدت جنازته اما اذا قال أخبرني مخبر لا تعتمد على خبره وان أخبر واحد بموته ورجلان آخران أخبرا بحياته فان كان الذي أخبرها بموته قال عاينته ميتا وشاهدت جنازته يحل لها أن تتزوج وان كان اللذان أخبرا بحياته ذكرا انهما رأياه حيا فقولهما أولى وفي السراجية ان كان عدلا وفيه لو شهد اثنان بموته وقتله وشهد آخران انه حي فشهادة الموت أولى ولو أن امرأة قالت لرجل ان زوجي طلقني ثلاثا وانقضت عدتي فان كانت عدلة وسعه أن يتزوجها وان كانت فاسقة تحرى وعمل بما وقعت تحريته عليه ولو أخبرها ان أصل نكاحها فاسد وان زوجها أخوها من الرضاعة أو كان مرتدا فانه لا يسعها أن تقبل وتتزوج بزوج آخر وان كان المخبر عدلا قال محمد انما هو بمنزلة رجل في يده جارية يدعي انها رقيقته وهي تقر بالملك فوجدها في يد رجل وقد علم بحالها فاراد شراءها فسأله عنها فقال الجارية جاريتي وقد كان الذي يدعي الجارية كانت في يده كاذبا فيما ادعى من ملكها لا ينبغي لهذا الرجل أن يشتريها منه وان كان عدلا ولو قال كنت اشتريتها منه وسعه أن يشتريها منه وكذلك جارية في يد رجل يدعي انها جاريته وهي صغيرة لا تعبر عن نفسها بجحود ولا اقرار فكبرت فلقاها رجل وقد علم بذلك في بلد آخر فاراد أن يتزوجها فقالت له أنا حرة الاصل ولم أكن أمة للذي كنت في يده فلهذا لا يسعه أن يتزوجها ولو قالت كنت أمة للذي كنت في يده فاعتقني وسعه أن يتزوجها ان كانت خالية وفي الخانية ان كانت ثقة أو وقع في قلبه انها صادقة لا بأس أن يتزوجها ولو ان حرة تزوجت رجلا ثم أتت غيره وقالت ان نكاحي الاول كان فاسدا أو الزوج على غير الاسلام لا ينبغي لهذا الرجل أن يصدقها ولا ان يتزوجها ولو قالت ان زوجي طلقني بعد ذلك أو قالت ارتد عن الاسلام فبنت منه وسعه أن يصدقها وأن يتزوجها اذا كانت عدلة اه قال رحمه الله ﴿وكره لرب الدين أخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر﴾ يعني اذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين خمرا وأخذ ثمنها وقضى الدين لا يحل للمدين أن يأخذ ذلك بدينه وان كان البائع كافرا جاز له أن يأخذ والفرق ان البيع في الوجه الاول باطل فلم يملك البائع الثمن وهو باق على ملك المشتري فلا يحل له أن يأخذ مال الغير بغير رضاه والبيع في الوجه الثاني صحيح فملك البائع الثمن لان الخمر مال متقوم في حق الكافر فجاز له الاخذ بخلاف المسلم وفي النهاية عن محمد هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالرضا فان كان بقضاء القاضي فقضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن خمر يطيب له ذلك بقضائه واستشكل الامام الزيلعي حيث قال انه مال الغير فكيف يطيب له بقضاء القاضي ومحمد لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطنا وانما ينفذ عنده ظاهرا ولو مات مسلم وترك ثمن خمر باعها لا يحل لورثته أن يأخذوا ذلك لانه كالمغصوب قال في النهاية قال بعض مشايخنا كسب المغنية كالمغصوب لم يحل لاحد أخذه قالوا وعلى هذا لو مات رجل وكسبه من ثمن الباذق والظلم أو أخذ الرشوة تعود الورثة ولا يأخذون منه شيأ وهو الاولى لهم ويردونه على أربابه ان عرفوهم والا يتصدقوا به لان سبيل الكسب الخبيث التصدق اذا تعذر الرد وظاهر هذا ان المعتبر اعتقاد البائع سواء باعه من مسلم أو كافر فان كان البائع مسلما لا يملك ذلك الثمن اشتراه منه مسلم أو كافر وان كان كافرا ملك الثمن سواء اشتراه منه مسلم أو كافر اه فان قيل هذا ظاهر اذا باع الخمر المسلم للمسلم أو الكافر للكافر وأما اذا باع المسلم للكافر أو الكافر للمسلم فلم يقبل اعتقاد الكافر فنقول بالجواز أو باعتقاد المسلم فنقول بعدم الجواز قلنا الاصح ترجيح المحرم قال رحمه الله ﴿واحتكار قوت الآدميين والبهائم في بلد لم يضر باهلها﴾ يعني يكره الاحتكار في بلد يضر باهلها لقوله عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره هذا اذا كانت البلدة صغيرة يضر ذلك باهلها اما اذا كانت كبيرة فلا يكره لانه حابس ملكه وتخصيص الاحتكار بالاقوات قول الامام والثالث وقال أبو يوسف كل ما يضر العامة فهو احتكار بالاقوات كان أو ثيابا أو دراهم أو دنانير اعتبارا لحقيقة الضرر لانه هو المؤثر في الكراهة وهما اعتبرا الحبس المتعارف وهو الحاصل في الاقوات في المدة فاذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون مكروها ثم قيل هو مقدر باربعين ليلة لقوله عليه الصلاة والسلام من احتكر طعاما أربعين ليلة فهو بريء من الله والله بريء منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل وهو

ومافوقه كثير آجل و يقع التفاوت فى المأثم بين أن يتربص العسرة و بين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة المذكورة للمعاقبة فى الدنيا وأما الاثم فيحصل وان قلت المدة فحاصله ان التجارة فى الطعام غير محمودة وفى المحيط الاحتكار على وجوه أحدها حرام وهو أن يشترى فى المصر طعاما ويمتنع عن بيعه عند الحاجة اليه ولو اشترى طعاما فى غير المصر ونقله الى المصر وحبسه قال الامام لا باس به لان حق العامة انما يتعلق بما جمع من المصر أو جلب من فنائه وقال الثانى يكره وقال محمد كل بقعة يمتد منها الى المصر فى العادة فهى بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار منه وهذا فى غاية الاحتياط اهـ قال رحمه الله ﴿لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر﴾ يعنى لا يكره احتكار غلة أرضه وما جلبه من بلد آخر لانه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا ألا ترى ان له أن لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع وهذا فى المجلوب قول الامام خاصة فان حق العامة لا يتعلق بما جلب فصار كغلة ضيعته والجامع تعلق حق العامة به وقدمنا قول محمد وقول أبى يوسف عن المحيط اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يسعر السلطان الا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق البائع وكان اليه تقديره فلا ينبغى للامام أن يتعرض لحقه الا اذا كان أرباب الطعام يحتكرون على المسلمين ويتعدون فى القيمة تعديا فاحشا وعجز السلطان عن منعه الا بالتسعير بمشاورة أهل الرأى والنظر فاذا فعل ذلك على رجل فتعدى وباع بثمن فوقه أجازه القاضى وهذا لا يشكل على قول الامام لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم باعيانهم و ينبغى للقاضى وللسلطان أن لا يعجل بعقوبة من باع فوق ما سعر بل يعظه و يزجره وان رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه و يمتنع الضرر عن الناس وفى العتابى ولو باع شيأ بثمن زائد على ما قدره الامام فليس على الامام أن ينقضه والغبن الفاحش هو أن يبيعه بضعف قيمته واذا امتنع أرباب الطعام عن بيعه لا يبيعه القاضى أو السلطان عند الامام وعندهما يبيع بناء على انه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه امتنع المحتكر من بيع الطعام للامام أن يبيعه عليه عندهم جميعا على مسئلة الحجر وقيل يبيع بالاجماع لانه اجتمع ضرر عام وضرر خاص فيقدم دفع الضرر العام كما بيناه فى كتاب الحجر قال فى المحيط قال بعض مشايخنا اذا امتنع المحتكر عن بيع الطعام يبيعه الامام عليه عندهم جميعا اهـ ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع كذا فى الهداية وفى المحيط ان كان البائع يخاف اذا زاد فى الثمن على ما قدره أو نقص فى البيع يضر به الامام أو من يقوم مقامه لا يحل للمشترى ذلك لانه فى معنى المكره والحيلة فى ذلك أن يقول تبيعنى بما تحب ولو اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك عندهم فاشترى منهم رجل خبزا بدرهم أو لحما بدرهم وأعطاه البائع ناقصا والمشترى لا يعرف ذلك كان له أن يرجع بالنقصان اذا عرفه لان المعروف كالمشروط وان كان من غير أهل تلك البلد كان له أن يرجع بالنقصان فى الخبز دون اللحم لان سعر الخبز يظهر عادة فى البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا فيكون شارطا فى الخبز مقدارا معينا دون اللحم ولو خاف الامام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوه ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر وانما هو من باب دفع الضرر عنهم كما فى حال المخمصة ذكره فى شرح المختار قال رحمه الله ﴿وجاز بيع العصير من خمار﴾ لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه فيكون اعانة لهم وتسببا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولان العصير يصلح لأشياء كلها جائزة شرعا فيكون الفساد الى اختياره و بيع المكعب المفضض للرجال اذا علم انه يشتريه ليلبسه يكره لانه اعانة له على لبس الحرام ولو ان اسكافيا أمره انسان أن يتخذ له خفا على زى المجوس أو الفسقة أو خياطا أمره انسان أن يخيط له قميصا على زى الفساق يكره له أن يفعل ذلك كذا فى المحيط قال رحمه الله ﴿واجارة بيت ليتخذ بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمر بالسواد﴾ يعنى جاز اجارة البيت لكافر ليتخذ معبدا أو بيت نار للمجوس أو يباع فيه خمر فى السواد وهذا قول الامام وقالا يكره كل ذلك لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله أن الاجارة على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الى المؤجر وصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها أو يأتيها فى دبرها أو بيع الغلام ممن يلوط به والدليل عليه أنه لو أجره للسكنى جاز ولا بد فيه من عبادته وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من ذلك فى الامصار ولا يمكنون من اظهار بيع الخمر والخنزير فى الامصار لظهور شعائر الاسلام فلا يعارض بظهور شعائر الكفر قالوا فى هذا سواد

الكوفة لان غالب أهلها أهل ذمة وأما في غيرها فيها شعائر الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها في الاصح وفي التتارخانية مسلم له امرأة من أهل الذمة ليس له ان يمنعها من شرب الخمر وله ان يمنعها من ادخال الخمر بيته ولا يجبرها على الغسل من الجنابة وفي كتاب الخراج لابي يوسف المسلم يامر جاريته الكتابية بالغسل من الجنابة ويجبرها على ذلك قالوا يجب ان تكون المرأة الكتابية على هذا القياس أيضا قال القدوري في النصرانية تحت المسلم لا تنصب في بيته صليبا وتصلي في بيته حيث شاءت ومن سأل من أهل الذمة المسلم طريق البيعة لا ينبغي له ان يدله عليها اهـ قال رحمه الله تعالى ﴿وحمل خمر الذمي باجر﴾ يعني جاز ذلك وهذا عند الامام وقالا يكره لانه عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها وله ان الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية وانما المعصية بفعل فاعل مختار فصار كمن استأجره لعصر خمر العنب وقطفه والحديث يحمل على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا أجر دابة ليحمل عليها الخمر أو نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عنده وعندهما يكره وفي التتارخانية ولو أجر المسلم نفسه لذمي ليعمل في الكنيسة فلا باس به وفي الذخيرة اذا دخل يهودي الحمام هل يباح للخادم المسلم ان يخدمه قال ان خدمه طمعا في فلوسه فلا باس به وان خدمه تعظيما له ينظر ان فعل ذلك ليميل قلبه الى الاسلام فلا باس به وان فعله تعظيما له كره ذلك وعلى هذا اذا دخل ذمي على مسلم فقام له طمعا في اسلامه فلا باس به وان قام له تعظيما له كره له ذلك قال رحمه الله ﴿وبيع بناء بيوت مكة أو أراضيها﴾ يعني يجوز ذلك اما البناء فظاهر لانه ملك لبانيه ألا ترى انه لو بنى في المستأجر أو الوقف جاز البناء وكان ملكا له وأما بيع أراضيها فالمذكور هنا قول أبي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن الامام لان أراضيها مملوكة لاهلها لظهور التصرف والاختصاص ولقوله عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا عقيل من رباع الحديث فيه دليل على أن أراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس ذلك من أول الاسلام الى الآن من غير نكير وهو من أقوى الحجج وقال الامام لا يجوز بيع أراضيها لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله حرم مكة وحرم بيع أراضيها واجارتها ولانه وقف الخليل عليه الصلاة والسلام ولان الاراضي بمكة كانت تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده بالسوائب من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها تركها كما قال الشارح ومن وضع عند بقال درهما يأخذ منه ما شاء كره له ذلك لانه اذا ملكه الدرهم فقد أقرضه اياه وقد شرط أن يأخذ منه من البقول وغيرها ما شاء وله في ذلك نفع ببقاء الدرهم وكفايته للحاجات ولو كان في يده لخرج من ساعته ولم يبق فصار في معنى قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي ان يودعه عنده ثم يأخذ منه شيأ فشيأ وان ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة امانة اهـ قال رحمه الله ﴿وتعشير المصحف ونقطه﴾ يعني يجوز لان القراءة والآية توقيفية ليس للرأي فيها مدخل فالتعشير حفظ الآيات والنقط الاعراب فكانا حسنين ولان العجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وما روي عن ابن مسعود من قوله جردوا القرآن فذلك في زمانهم لانهم كانوا ينقلونه عن النبي صلى الله عليه وسلم كما أنزل وعلى هذا لا باس بكتابة أسامي السور وعد الآي وان كان محدثا فهو حسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان وفي العتابية ويكره التعاشير وهو كتابة العلامة عشر منتهى عشر آيات اهـ قال رحمه الله ﴿وتحليته﴾ يعني ويجوز تحلية المصحف لما فيه من تعظيمه كما في نقش المسجد وزينته وقد تقدم في بابه قال رحمه الله ﴿ودخول ذمي مسجدا﴾ يعني جاز ادخال الذمي جميع المساجد عندنا وقال مالك يكره في كل المساجد وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام ولان الكافر لا يخلو عن النجاسة والجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه ولنا انه عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة في المسجد فقال الصحابة المشركون نجس فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الارض من نجاستهم شئ وانما نجاستهم على أنفسهم والنجاسة المذكورة في الآية الخبث في اعتقادهم لان كل خبيث رجس وهو النجس والمراد بالمنع في الآية منعهم عن الطواف ولما أعلى الله كلمة الاسلام منعهم صلى الله عليه وسلم من الدخول للطواف والتعميم المذكور ههنا هو المذكور في الجامع الصغير وذكره الكرخي في مختصره وذكر محمد في السير الكبير انهم يمنعون من دخول المسجد الحرام فان قلت الدليل ليس بنص في المسئلة لان المذكور دخول الذمي والدليل يفيد جواز دخول الذمي بالاولى فافاد المطلوب وزيادة بالنص وظهر أن قول المؤلف ذمي مثال وليس بقيد ولهذا عبر محمد في كتبه بلفظ الكافر ليفيد العموم وفي الذخيرة اذا قال الكافر من أهل الحرب أو من أهل الذمة علمني القرآن فلا باس بان يعلمه ويفقهه في الدين قال القاضي علي السغدي الا انه لا يمس المصحف

فان اغتسل ثم مسه فلا باس به وعلم من هذه المسئلة أن المسلم الطاهر من الجنابة اذا اعتاد المرور فى المسجد لينظر مافيه من العبادة أوقرآن أوذكر أوليذكره بالصلاة لا يأثم ولا يفسق وقولهم معتاد المرور يأثم ويفسق محمول على ما اذا اعتاد ذلك من غير استحلال الدخول أوجعله طريقا من غير ضرورة والدليل على هذا التفصيل وصفه بالاثم والفسق اه قال محمد رحمه الله تعالى يكره الاكل والشرب فى أوانى المشركين قبل الغسل ومع هذا لوأكل أوشرب فيها جاز اذا لم يعلم بنجاسة الاوانى واذا علم حرم ذلك عليه قبل الغسل والصلاة فى ثيابهم على هذا التفصيل ولا باس بطعام اليهود والنصارى من أهل الحرب ولا فرق بين ان يكونوا من بنى اسرائيل أومن نصارى العرب ولا باس بطعام المجوس كلها الا الذبيحة وفى التتمة يكره للمسلم دخول البيعة والكنيسة لانها مجمع الشياطين اه قال رحمه الله ﴿وعيادته﴾ يعنى تجوز عيادة الذمى المريض لما روى ان يهوديا مرض بجوار النبى صلى الله عليه وسلم فقال قوموا بنا نعود جارنا اليهودى فقاموا ودخل النبى صلى الله عليه وسلم وقعد عند رأسه وقال له قل أشهد أن لا اله الا الله وان محمدا رسول الله فنظر المريض الى أبيه فقال أجبه فنطق بالشهادة فقال صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذى أنقذ بى نسمة من النار الحديث ولان العيادة نوع من البر وهى من محاسن الاسلام فلا باس بها ويرد السلام على الذمى ولا يزده على قوله وعليك لانه عليه الصلاة والسلام لم يزده على ذلك ولا يبدؤه بالسلام لان فيه تعظيما له فان كان له اليه حاجة فلا باس ببداءته ولا يدعو له بالمغفرة ويدعو له بالهدى ولو دعا له بطول العمر قيل يجوز لان فيه نفعا للمسلمين بالجزية وقيل لا يجوز وعلى هذا الدعاء بالعافية وهذا اذا كان من أهل الكتاب ولو كان مجوسيا لا يعوده لانه أبعد عن الاسلام وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن الاسلام وترغيبه فيه واختلفوا فى عيادة الفاسق والاصح أنه لا باس به لانه مسلم والعيادة فى حق المسلمين واذا مات الكافر قيل لوالده أولقريبه فى تعزيته أخلف الله عليك خيرا منه وأصلحك ورزقك ولدا مسلما لان الجزية تطهر ويقول فى تعزية المسلم أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك ورحم ميتك وأكثر عددك وفى النوازل ولا باس بان يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا محاربا كان أوذميا وأراد بالمحارب المستأمن فاما اذا كان غير مستأمن فلا ينبغى له أن يصله بشئ وفى الذخيرة اذا كان حربيا فى دار الحرب وكان الحال حال صلح فلا باس بان يصله واختلفوا هل يكره لنا ان نقبل هدية المشرك أولا نقبل ذكر فيه قولان وفى فتاوى أهل سمرقند مسلم دعاه نصرانى الى داره ضيفا حل له ان يذهب معه وفى النوازل المجوسى أوالنصرانى اذا دعا رجلا الى طعام تكره الاجابة وان قال اشتريت اللحم من السوق فان كان الداعى يهوديا فلا باس قال رحمه الله ﴿وخصى البهائم﴾ يعنى يجوز لانه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين موجوأين والموجوء هو الخصى ولان لحمه يطيب به ويترك النكاح فكان حسنا ولك أن تقول الدليل لا يفيد جواز الفعل وانما يفيد جواز التضحية به ولا يلزم من جواز التضحية جواز الفعل والجواب أن البهائم كانت تكثر فى زمنه صلى الله عليه وسلم فتكوى بالنار لاجل المنفعة للمالك فكذا يجوز هذا الفعل لتعود المنفعة للمالك وفى الصحاح جمع خصى هو خصاء بكسر الخاء والرجل خصى وخصية اه قال العينى والخصيان بضم الخاء جمع خصى وفى المحيط ان الاصل ايصال الالم الى الحيوان لمصلحة تعود الى الحيوان يجوز ولا باس بكى البهائم للعلامة ويكره كسب الخصى من بنى آدم وقتل النملة قيل لا باس به مطلقا وقيل ان بدأت بالاذى فلا باس به وان لم تبتدئ يكره وهو المختار ويكره القاؤها فى الماء وقتل القملة يجوز بكل حال قرية فيها كلاب كثيرة ولاهل القرية منها ضرر يؤمر أرباب الكلاب بان يقتلوا كلابهم لان دفع الضرر واجب وان أبوا ألزمهم القاضى ولا ينبغى ان يتخذ فى بيته كلبا الا كلب الحراسة الهرة اذا كانت مؤذية يذبحها بالسكين ويكره ضربها وفرك اذنها اه وأطلق المؤلف فى البهائم فشمل الخيل وفى الخانية ويكره خصى الفرس وذكر شمس الأئمة فى شرحه ان خصى الفرس حرام اه وفى الخانية لا باس بثقب اذن الطفل اه وفى النوازل يقلم الظفر يوم الجمعة لقوله عليه الصلاة والسلام من قلم أظافيره يوم الجمعة أعاذه الله من البلاء الى الجمعة الاخرى وزيادة ثلاثة أيام ولو قلم أظافيره أوجز شعره يجب أن يدفن وان رماه فلا باس به وان رماه فى الكنيف أوالمغتسل فهو مكروه وفى الفتاوى العتابية يدفن أربعة الظفر والشعر وخرقة الحيض والدم وينبغى للرجل أن يأخذ من شاربه حتى يوازى الطرف العليا من الشفة ويصير مثل الحاجب وهذا كله اذا لم يكن فى دار الحرب فان كان فى دار الحرب يندب تطويل الاظفار ويندب تطويل الشعر ليكون أهيب فى عين العدو وفى التتمة حلق شعر صدره وظهره فيه ترك الادب وفى الملتقط يقبض على لحيته فان زاد على قبضة جزه ولا باس اذا طالت لحيته أن يأخذ من أطرافها وفى المضمرات ولا باس بان يأخذ الحاجبين وشعر وجهه مالم

يشبه المخنث وفى الذخيرة ولا باس للرجل أن يحلق وسط رأسه ويرسل شعره من غير أن يفتله فان فتله فهو مكروه لانه يشبه بعض الكفرة واذا حلقت المرأة شعر رأسها فان كان لوجع أصابها فلا باس به وان حلقت تشبه الرجال فهو مكروه واذا وصلت شعرها بشعر غيرها فهو مكروه واختلفوا فى جواز الصلاة منها فى هذه والمختار انه يجوز وان لم يكن للعبد شعر فى لحيته فلا بأس للتجار ان يشعروا على جبهته لانه يوجب زيادة فى القيمة وفى جامع الجوامع حلق العانة بيده وان حلق الحجام جاز اذا غض بصره ويجوز للمرأة ان تلقى الاذى عن وجهها اه وفى النوادر امرأة حامل اعترض الولد فى بطنها ولا يمكن الا بقطعه اربا ولو لم يفعل ذلك يخاف على أمه من الموت فان كان الولد ميتا فى البطن فلا بأس به وان كان حيا لا يجوز لان احياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد فى الشرع امرأة حامل ماتت فاضطرب الولد فى بطنها فان كان أكبر رأيه انه حى يشق بطنها لان ذلك تسبب فى احياء نفس محترمة بترك تعظيم الميت فالاحياء أولى ويشق بطنها من الجانب الايسر ولو لم يشق بطنها حتى دفنت ورؤيت فى المنام انها قالت ولدت لا ينبش القبر لان الظاهر انها ولدت ولدا ميتا امرأة عالجت فى اسقاط ولدها لا تأثم ما لم يستبن شئ من خلقه وعن محمد رجل ابتلع درة أو دنانير لآخر فمات المبتلع ولم يترك مالا فعليه القيمة ولا يشق بطنه لانه لا يجوز ابطال حرمة الميت لاجل الاموال ولا كذلك المسئلة المتقدمة ونقل الجرجانى شق بطنه للحال لان حق الآدمى مقدم على حق الله تعالى ان كان حرمة الميت حقا لله تعالى وان كان حق الميت فحق الآدمى الحى مقدم على حق الميت لاحتياج الحى الى حقه نعامة ابتلعت لؤلؤة للغير أو دخل قرن شاة فى قدر الباقلانى وتعذر اخراجه ينظر الى أيهما أكثر قيمة فيقدم على غيره ولذا لو دخلت دابة فى دار ولا يمكن اخراجها الا بهدم الدار ينظر الى أيهما أكثر قيمة فيقدم على غيره فيهدم الآخر أو تذبح ولا بأس بالقاء النيلق فى الشمس لتموت الديدان التى فيه لان فيه منفعة الناس قال محمد فى السير الكبير لا بأس بالتداوى بالعظم اذا كان عظم شاة أو بقر أو بعير أو فرس أو غيره من الدواب الا عظم الخنزير والآدمى فانه لا يمكن التداوى بهما ولا فرق فيما يجوز بين أن يكون ذكيا أو ميتا رطبا أو يابسا وفى الذخيرة رجل سقط سنه فاخذ سن الكلب فوضعه فى موضع سنه فثبتت لا يجوز ولا يقطع ولو أعاد سنه ثانيا وثبت قال ينظر ان كان يمكن قلع سن الكلب بغير ضرر يقلع وان كان لا يمكن الا بضرر لا يقلع وفى التتمة يتخذ الدواء من الضفدع ولو أكلت المرأة شيأ أسمن نفسها لزوجها لا بأس به وفى النوازل مرض الرجل فقال له الطبيب أخرج الدم فلم يخرجه حتى مات لا يكون ماجورا ولو ترك الدواء حتى مات لا يأثم وفى الخلاصة صام وهو غير قادر على الصيام حتى مات أثم وفى الخانية جامع ولم يأكل وهو قادر على الاكل كان آثما فرض عليه ان يأكل مقدار قوته التداوى بالخمر اذا أخبره طبيب حاذق أن الشفاء فيه جاز فصار حلالا وخرج عن قوله صلى الله عليه وسلم لم يجعل الله شفاء أمتى فيما حرم عليهم لانه صار كالمضطر وفى النوازل رجل ادخل المرارة فى أصابعه للتداوى قال أبو حنيفة يكره وقال أبو يوسف يجوز والفقيه أبو الليث اختار قول أبى يوسف وفى الخانية وعلى هذا الخلاف شرب بول ما يؤكل لحمه للتداوى وفى النوازل العجين اذا وضع على الجرح للتداوى وعرف أن التداوى به لا بأس به وفى السراجية وتعليق الحجاب لا بأس به وينزعه عند الخلاء والقربان وأفتى بعضهم بان هذا فعل العوام والجهال الاكتحال فى يوم عاشوراء لا بأس به ضرب الدفاف على الابواب أيام النيروز لا يحل بل هو مكروه وفى الغياثية الحجامة بعد نصف الشهر حسن نافع جدا ويكره قبل نصف الشهر وفى فتاوى أهل سمرقند اذا عزل الرجل عن امرأته بغير رضاها فى هذا الزمن لخوف سوء الولد لا بأس به قال رحمه الله ﴿وانزاء الحمير على الخيل﴾ لانه عليه الصلاة والسلام ركب البغل واقتناه ولو حرم لما فعل ولان فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهى كان لاجل تكثير الخيل ولا يخفى أن الدليل لا يفيد المدعى لان غايته ان يفيد جواز الركوب ولا يلزم منه جواز الانزاء والجواب لما كان هذا الفعل فى زمنه ظاهرا والظاهر انه بلغه ولم ينه عنه دل على الجواز قال رحمه الله ﴿وقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته النقدين﴾ يعنى يجوز قبول هديته الى آخر ما ذكر ويكره كسوته الثوب وهديته النقدين وهذا هو الاستحسان والقياس أن لا يجوز الكل لانه تبرع والعبد ليس من أهله لكن جوز ما ذكر لتعامل الناس به وقبوله صلى الله عليه وسلم هدية سلمان الفارسى قبل عتقه وقبل هدية بريرة وقال هو لها صدقة ولنا هدية لا يقال هذا الحكم قد علم مما ذكر فى كتاب المأذون لانا نقول هو كذلك لكن ذكره هنا بطريق الاستطراد لان هذا محل بيان ما يجوز وما يكره ويكره للمقرض ان يقبل هدية من أقرضه اذا كانت مشروطة فى القرض أو يعلم انما أهداها لاجل القرض ولو لم يكن مشروطا ولم يعلم انه لاجل الدين لم يكره وأما هدايا الامراء

فى زماننا قال الشيخ محمد بن الفضل ترد على أربابها وقال الامام أبو بكر محمد بن حامد توضع فى بيت المال وذكر محمد بن الفضل أن المذهب وضعها فى بيت المال لكن تركت ذلك خوفا ان يصرفها الامراء الى شهوات ولهوات وكان الشيخ أبو القاسم الحكيم يقبل هدية السلطان ويأخذها فقيل له أيحل أن نقبل هديته قال ان خلطتها بدراهم أخر فلا باس به وان كان غير المغصوب من غير خلط لم يجز وفى النوازل اذا ناول لقمة من الطعام لغيره يعتبر فى ذلك تعامل الناس فان علم ان رب الطعام يرضى بذلك حل وان علم انه لا يرضى بذلك حرم وفى الخلاصة لو ناول الخادم الذى على رأس المائدة جاز وأما رفع الطعام من بيته لمكان آخر فلا يحل الا أن ياذن له صاحب الطعام فى ذلك ويستحب للضيف أن يجلس حيث يجلس ويرضى بما قدم له وان لا يقوم الا باذن صاحب البيت وان يدعو له اذا خرج من بيته ولا يكثر صاحب المنزل السكوت عن الاضياف ويستحب أن يخدم الضيف بنفسه لما روى عن قصة ابراهيم عليه السلام وفى الخانية لاب الصغير أن يهدى لمعلمه شيأ فى الاعياد ويستحب أن يأكل ما سقط من المائدة قال رحمه الله ﴿واستخدام الخصى﴾ أى يكره استخدامه لان فيه تحريض الناس على الخصى وهو مثلة وحرام وقد نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم وقد مناشيأ من أحكامه فى الكلام على خصى البهائم قال رحمه الله ﴿والدعاء بمعقد العز من عرشك﴾ وفيها عبارتان بمعقد وبمقعد فالاولى من العقد والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا فانه يوهم ان عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما تعلق به يكون حادثا ضرورة والله سبحانه وتعالى عال عن صفات الحدوث بل عزه قديم وأورد عليه بعض المتأخرين ان حدوث تعلق صفته تعالى بشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة لها أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصان فيه كما أن تعلق كمال قدرته فى هذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة بظاهر الصفات لا مبادى لها ولك أن تجيب عن ذلك بان مشايخنا انما هر بوا عنه ليس لايهام مطلق تعلق عزه بالمحدث اذ قد تقرر فى أصول الدين ان ظهور المحدثات كلها وبروزها من العدم الى دائرة الوجود بحسب تعلق ارادة الله وقدرته بذلك والحدوث انما هو فى التعلقات دون أصل الصفات وانما مرادهم بما هربوا عنه ايهام تعلق عز الله تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأ أو منشأ لعزة الله تعالى كما يوهم كلمة من فى عرشه ولا شك ان التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور فى عزة الله تعالى ولا فى صفة من صفات الله تعالى أصلا قال أبو يوسف لا باس ان يقول ذلك فى دعائه وبه أخذ الفقيه أبو الليث لانه ورد انه عليه الصلاة والسلام كان يقول أسألك بمعقد العز من عرشك والاحتياط والامتناع عن ذلك لكونه خبر واحد مخالف للقطعى رجل ذكر الله فى مجلس الفسق وأراد بذلك ان يشتغل بالتسبيح عما هم فيه فهو أحسن وأفضل وفى الخلاصة ويثاب كمن سبح الله تعالى فى السوق وأراد بذلك ان الناس يشتغلون بامر الدنيا وهو يشتغل بالتسبيح ولو فتح التاجر السلعة فصلى على النبى صلى الله عليه وسلم وأراد بذلك اعلام المشترى جودة ثوبه فذلك مكروه بخلاف العالم اذا قال فى علمه صلوا على النبى صلى الله عليه وسلم أو قال قارئ القوم كبروا حيث يثاب وفى الخلاصة الفقيه هل يصلى صلاة التسبيح قال ذلك طاعة لعامة قيل له فلان الفقيه يصليها قال هو عندى من العامة وفى الغياثية وردت الاخبار بتفضيل بعض السور والآيات على بعض كآية الكرسى ونحوها واختلفوا فى معنى الافضل قال بعض ان ثواب قراءتها أفضل وقيل بانها للقلب أيقظ وهذا أقرب الى الصواب والافضل ان لا يفضل بعض القرآن على بعض كره بعض المشايخ التصدق على الذى يقرأ القرآن فى الاسواق زجرا له والتسبيح والتهليل من الذى يسأل فى الاسواق نظير القرآن ويكره التصدق على الذى يسال الناس فى المساجد زجرا له ويكره أن يقرأ القرآن فى المخرج والمغتسل والحمام وموضع النجاسات وفى المسلخ والمذبح الاحرفا وفى النوازل قراءة القرآن عند المقابر اذا أخفاها لا يكره وان جهر بها يكره والشيخ محمد بن ابراهيم قال لا باس أن يقرأ سورة الملك على المقابر سواء أخفاها أو جهر بها اما غيرها فلا يقرؤها لورود الآثار بسورة الملك وعن أبى بكر وابن أبى سعيد يستحب زيارة القبر وقراءة سورة الاخلاص سبع مرات فان كان الميت غير مغفور له غفر له وان كان مغفورا له غفر لهذا القارئ ووهبت ذنوبه للميت وفى التتارخانية رجل مات فاجلس وارثه رجلا على قبره يقرأ القرآن قال بعضهم يكره والمختار انه لا يكره والاشبه انه ينتفع الميت وفى الخانية ان قراءة القرآن عند القبور ان نوى ان يؤانسهم بصوته يقرأ وان لم يقصد ذلك فالله سبحانه وتعالى يسمع القرآن حيث كان قوم يقرؤن القرآن فى المصاحف أو رجل دخل عليه واحد فقام له فان كان عالما أو أباه أو استاذه الذى علمه القرآن جاز ان يقوم له وغير ذلك

لايجوز وفى فتاوى أهو ازلا باس بان يقرأ القرآن اذا وضع جنبه على الارض و ينبغى ان يضم رجليه عند القراءة وان يخرج رأسه اذا غطى رأسه باللحاف واذا قرأ آية أو سورة فعليه ان يستعيذ بالله وان يتبع ذلك بالبسملة قبل القراءة وفى فتاوى أهل سمرقند اذا كان يقرأ القرآن فسمع المؤذن انه يرد عليه بقلبه وعن محمد انه يمضى الى قراءته ولا يلتفت اليه وفى التتمة سئل الخجندى عن امام يقرأ مع جماعة كل غداة بعد فراغ صلاته جاهرا آية الكرسى وشهد الله وآخر سورة البقرة هل يجوز ذلك قال يجوز والافضل الاخفاء قال السغناقى ابن الحنفية قال الدعاء أربعة دعاء رغبة ودعاء رهبة ودعاء تضرع ودعاء خفية ففى دعاء الرغبة يجعل بطون كفيه الى السماء وفى دعاء الرهبة يجعل ظهورها الى وجهه كالمستغيث من الشئ وفى دعاء التضرع يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الابهام والوسطى و يشير بالسبابة وفى دعاء الخفية يفعل مايفعل المرء فى نفسه وفى التتمة لايقول الرجل استغفر الله وأتوب اليه ولكن يقول استغفر الله وأسأله التوبة قال أبو جعفر الطحاوى لاباس به وفى الفتاوى الغياثية وماجاء فى الحديث اتقوا دعوة المظلوم وان كان كافرا المراد والله أعلم كافر النعمة لا كافر الديانة قال الصدر الشهيد وهو الصحيح وفيها قال أبو نصر الدبوسى وعليه الفتوى ولو أراد ان يصلى و يقرأ القرآن وخاف ان يدخل عليه الرياء لايترك الصلاة والقراءة لاجل ذلك وكذا فى جميع الفرائض وفى التتارخانية واذا سال الدم من الانف فكتب الفاتحة بالدم على الفم والوجه جاز للاستشفاء والمعالجة ولو أراد ان يكتب ذلك بالبول لم ينقل ذلك عن المتقدمين وقيل لاباس به اذا علم به الشفاء قال رحمه الله ﴿وبحق فلان﴾ يعنى لايجوز ان يقول بحق فلان عليك وكذا بحق أنبيائك وأوليائك و رسلك والبيت والمشعر الحرام لانه لاحق للمخلوق على الخالق وانما يخص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله افعل كذا لايجب عليه ان يأتى بذلك شرعا و يستحب ان يأتى بذلك وفى التتارخانية وجاء فى الآثار مايدل على جواز ذلك قال رحمه الله ﴿واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو﴾ يعنى لايجوز ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام الا ثلاثا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته لقوسه وأباح الشافعى الشطرنج من غير قمار ولا اخلال بالواجبات لانه يذكى الافهام والحجة عليه مارو ينا والاحاديث الواردة فى ذلك هى كثيرة شهيرة فتركنا ذكرها لشهرتها وفى المحيط و يكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر لانها لعب اليهود ويكره استماع صوت اللهو والضرب به والواجب على الانسان ان يجتهد ما أمكن حتى لايسمع ولاباس بضرب الدف فى العرس. وسئل أبو يوسف عن الدف فى غير العرس بان تضرب المرأة فى غير فسق للصبى قال لاباس بذلك وفى الذخيرة لاباس بالغناء فى الاعياد وفى السراجية وقراءة الاشعار اذا لم يكن فيه ذكر الفسق والغلام لايكره وفى الكافى مستأجر الدار اذا ظهر منه الفسق بان يجمع الناس على شرب الخمر يمنع فاذا لم يمتنع يخرج ولم ير الامام رحمه الله بالسلام عليه باسا ليشغله عما هو فيه وكره أبو يوسف السلام تحقيرا له اه رجل يدعوه الامير فيسأله عن أشياء فيتكلم بما يوافق الحق ينا له منه المكروه لاينبغى له ان يتكلم الا بالحق الا ان يخاف القتل أو اتلاف عضو وان يأخذ ماله ولو مر على قوم وفيهم أهل الذمة أو كافر قال بعضهم يقول السلام على من اتبع الهدى والصحيح أنه يقول السلام عليكم و ينوى المسلمين فى قلبه وفى التتارخانية اذا استقبل المسلم أخاه فسلم عليه يخرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه وفى النوازل اذا أتى بيت غيره لايدخل حتى يؤذن له فان أذن له يدخل و يسلم عليه ورد السلام واجب واختلفوا فى أيهما أفضل البادئ أو الراد الراد أكثر أجرا والافضل ان يأتى بالواو بان يقول وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته وفى فتاوى اهو از السلام سنة على الراكب للراجل فى طريق عام أومفازة فاذا التقيا فافضلهما الاسبق بالسلام فاذا التقى الرجل بالمرأة يبدأ الرجل بالسلام وان بدأت فيرد عليها السلام ان كانت عجوزا فبلسانه وان كانت شابة فبالاشارة قال الفقيه أبو الليث اذا دخل الفقيه على غيره ولم يسلم ٧ أثموا وفى الغياثية يكره السلام بالسبابة والسنة ان يسلم عليهم بلفظ الجمع ولو كان المسلم عليه واحدا واختلفوا فى السلام على الصبيان قال بعضهم لايسلم وهو قول الحسن وقال بعضهم يسلم وهو الافضل وبه أخذ الفقيه أبو الليث واذا رد واحد من القوم السلام سقط عن الباقين وفى الصيرفية دخل على زوجته لايسلم عليها بل هى تسلم عليه فان لم يكن فى البيت أحد فيقول السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ولو مر على المقابر يقول السلام عليكم أنتم لنا سلف ونحن لكم تبع اه وفى الخانية و يكره ان يسلم على من هو فى الخلاء ولا يرد عليه السلام وكذا الآكل والقارى والمشتغل بالعلم وكذا فى الحمام ان كان مكشوف العورة وقال البقالى اذا قال لآخر أقرئ فلانا عنى السلام يجب عليه أن يفعل تشميت العاطس اذا كان خارج الصلاة السنة فى حق العاطس أن يقول الحمد لله رب العالمين أو على كل حال ولمن حضر أن يقول يرحمك الله فيرد عليه

العاطس فيقول يغفر الله لك أو يهديك واذا عطست المرأة فلا بأس بتشميتها الا أن تكون شابة واذا عطس الرجل فشمتته المرأة فان كانت عجوزا يرد عليها وان كانت شابة يرد فى قلبه والجواب فى هذا كالجواب فى السلام قال رحمه الله ﴿وجعل الراية فى عنق العبد﴾ أى لا يجوز ذلك قال الشارح وصورته ان يجعل فى عنقه طوقا مسمرا بمسمار عظيم يمنعه ان يحول رأسه وهو معتاد بين الظلمة وهو حرام لان عقوبة الكافر تحرم كالاحراق بالنار وقال عليه الصلاة والسلام كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة فى النار اهـ قال فى العيون رجل اغتاب أهل قرية لم تكن غيبة حتى يسمى قوما باعيانهم وفى فتاوى أهل سمرقند ذكر مساوى أخيه المسلم على وجه الاهتمام به ليس بغيبة وعلى وجه النقص يكون غيبة واذا كان الرجل يصلى و يؤذى الناس بيده ولسانه لا غيبة فى ذكر مافيه واذا أعلم السلطان ليزجره فلا اثم عليه واختلف أصحابنا فى معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا حسد الا فى اثنتين رجل آتاه الله تعالى مالا فهو ينفقه فى طاعة الله ورجل آتاه الله علما فهو يعلم الناس و يقضى به قال شيخ الاسلام ظاهر الحديث اباحة الحسد فى هذين الامرين لانه استثناء من المحرم فيكون مباحا وقال غيره الحسد حرام فى هذين كما هو حرام فى غيرهما وانما معنى الحديث لو كان الحسد جائزا لجاز فى هذين الامرين ومعنى الحسد المذموم أن يرى على غيره نعمة فيتمنى زوال تلك النعمة عن ذلك الغير وتمنى ذلك لنفسه أما لو تمنى لنفسه مثلها لا يكون حسدا بل يسمى غبطة اهـ وفى النهاية الراية علامة أنه آبق ولا بأس به فى زماننا لغلبة الاباق خصوصا فى الهنود وكان فى زمانهم مكروها لقلة الاباق اهـ وفى السراجية و يكره أن يغل يديه ولو كان الرجل يقوم و ينزع المظالم من الامام بالعدل والانصاف كان مأجورا وان خاف الرجل على نفسه لا بأس به قال رحمه الله ﴿وحل قيده﴾ يعنى جاز قيد العبد احترازا من الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين فى الفساق قال رحمه الله ﴿والحقنة﴾ يعنى تجوز التداوى وجاز أن يظهر الى ذلك الموضع للضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لكل داء دواء واذا أصبت دواء الداء برئ باذن الله تعالى رواه مسلم وأحمد وقال عليه الصلاة والسلام لكل داء دواء الا الهرم فانه لا دواء له رواه الترمذى وصححه ومن الناس من كره التداوى لما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يدخل من أمتى سبعون ألفا الجنة بغير حساب وهم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون رواه البخارى ولنا ما قدمنا من الاحاديث ولا جناح على من يتداوى اذا كان يعتقد أن الشافى هو الله تعالى وما ورد من النهى عن الدواء اذا كان يعتقد أن الشفاء من الدواء وهو محل الكراهة قال الشارح ونحن نقول لا يجوز لمثل هذا التداوى ولا فرق بين الرجل والمرأة وانما يجوز التداوى بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وغيره كما قدمنا والتداوى لا يمنع التوكل ولا بأس بالرقيا لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعله وما روى من النهى كان محمولا على رقى الجاهلية لانهم كانوا يرقون بألفاظ كفر وما رواه ابن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام قال الرقى والتمائم والتؤدة شرك محمول على ما ذكرنا قال الاصمعى التؤدة ضرب من السحر يحبب المرأة الى زوجها وعن عائشة رضى الله تعالى عنها كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا مرض أحد من أهله نفث عليه بالمعوذتين فلما مرض صلى الله عليه وسلم المرض الذى مات فيه جعلت أنفث عليه وأمس جسده بيده لانه أبرك من يدى قال رحمه الله ﴿ورزق القاضى﴾ يعنى وحل رزق القاضى من بيت المال لان بيت المال أعد لمصالح المسلمين ورزق القاضى منهم لانه حبس نفسه لنفع المسلمين وفرض النبى صلى الله عليه وسلم لعلى لما بعثه الى اليمن وكذا الخلفاء من بعده هذا اذا كان بيت المال جمع من حل فان جمع من حرام وباطل لم يحل لانه مال الغير يجب رده على أربابه ثم اذا كان القاضى محتاجا فله أن يأخذ ليتوصل الى اقامة حقوق المسلمين لانه لو اشتغل بالكسب لما تفرغ لذلك وان كان غنيا فله أن يأخذ أيضا وهو الاصح لما ذكرنا من العلة ونظرا لمن يأتى بعده من المحتاجين ولان رزق القاضى اذا قطع فى زمان يقطع الولاة بعد ذلك لمن يتولى بعده هذا اذا أعطوه من غير شرط فلو أعطاه بالشرط كان معاقدة واجارة لا يحل أخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الاجر عليه كسائر الطاعات اهـ ولك ان تقول يجوز أخذ الاجرة عليه كما قالوا الفتوى على جواز أخذ أجرة على تعليم القرآن وغيره كما تقدم فى كتاب الاجارة ولا يقال هذا مكرر مع قول المؤلف وكفاية القضاة فى باب الجزية لانا نقول ذلك باعتبار ما يجوز للامام دفعه وهذا باعتبار ما يجوز للقاضى تناوله فلا تكرار قال الشارح وتسميته رزقا يدل على أنه يأخذ منه مقدار كفايته وعياله وليس له أن يأخذ أزيد من ذلك وقد جرى الرسم بالاعطاء فى أول السنة لان الخراج كان يؤخذ فى أول السنة وهو يعطى منه وفى زماننا يؤخذ الخراج فى آخر السنة والمأخوذ عن السنة الماضية فى الصحيح وعليه الفتوى ولو أخذ الرزق فى أول السنة ثم عزل قبل مضى السنة رد ما بقى من السنة

وقيل

وقيل هو على الخلاف فى الزوجة على ما بينا اهـ قال رحمه الله ﴿وسفر الامة وأم الولد بلا محرم﴾ يعنى يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم لسائر الرجال فيما يرجع الى النظر والمس على ما بينا وأم الولد والمكاتبة والمدبرة كالامة لقيام الرق فيهن وكذا معتقة البعض عند الامام لانها كالمكاتبة عنده وفى الكافى قالوا هذا فى زمانهم لغلبة أهل الصلاح أما فى زماننا فلا يجوز لغلبة أهل الفساد ومثله فى النهاية معزيا الى شيخ الاسلام اهـ قال رحمه الله ﴿وشراء مالا بد للصغير منه وبيعه للعم والام والملتقط لو فى حجرهم﴾ يعنى يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير و يبيعوا ما لا بد منه وذلك مثل النفقة والسكوة ولانه لولم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو ممنوع وأصله أن التصرفات على الصغير على ثلاثة أقسام نفع محض فيملكه كل واحد هو فى عياله وليا كان أو أجنبيا كالهبة والصدقة و يملكه الصبى بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه أحد ونوع متردد بين النفع والضرر مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا يملكه الا الاب والجد ووصيهما سواء كان الصغير فى أيديهم أو لم يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية هكذا فى الكافى واستئجار الظئر من النوع الاول وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز لكل عصبة ولذوى الارحام عند عدم العصبات وقد تقدم بيان ذلك فى كتاب النكاح قال فى الهداية وانما يجوز للملتقط أن يقبض الهبة للصغير اذا كان لا أب له قال فى النهاية قوله لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها جاز لزوجها أن يقبض الهبة لقيام ولايته عليها بالعول فثبت أن الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام وانما هو قيد اتفاقى ولك أن تقول ان قول الكل ليس بصحيح اذ الثابت فى كتاب الهبة انما هو ليس بلازم فى جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها التفويض الاب ذلك له لا أن عدم الاب ليس بلازم مطلقا فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة والصدقة لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة الذى فوض له الاب أمرها و بين غيره فلا يملكون ذلك الا بعد موت الاب وقال بعض المتأخرين المراد بقول صاحب الهداية لا أب له يعنى أبا معروفا وان كان له أب فى قيد الحياة فالحق عندى أن قوله لا أب له قيد احترازى عن اللقيط اذا كان له أب حاضر لا يجوز للملتقط أن يقبض الهبة للصغير اهـ قال رحمه الله ﴿وتؤجره أمه فقط﴾ معناه أن الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة الا الام فانها تؤجره اذا كان فى حجرها ولا يملكه هؤلاء وهى رواية الجامع الصغير وفى رواية القدورى يجوز أن يؤجره الملتقط و يسلمه فى صناعة فجعله من النوع الاول وهذا أقرب فلو أجر الصبى نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه نفع محض بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور اذا أجر نفسه وقد ذكرناه من قبل فان كان الصغير فى يد العم فأجرته أمه يجوز لانه من الحفظ وهو قول أبى يوسف وقال محمد لا يجوز اهـ والله تعالى أعلم

﴿كتاب احياء الموات﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن يكون من حيث ان هذا الكتاب مشتمل على ما يكره وما لا يكره و يكفى فيها أدنى المناسبة والكلام هنا فى وجوه الاول فى معناه لغة والثانى فى معناه شرعا والثالث فى شرطه والرابع فى سببه والخامس فى دليله والسادس فى حكمه أما دليله فقوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له وأما معناه لغة قال فى الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الارض التى لا مالك لها من الآدميين وفى القاموس الموات كغراب وسحاب ما لا روح فيه والارض لا ملك لها من الآدميين اهـ وشرعا ما سيأتى فى عبارة المؤلف وسبب المشروعية تعلق البناء المقرر على الوجه الا كمل وشرطه سيأتى فى حكم تملك المحيى ما أحياه قال رحمه الله ﴿هى أرض تعذر زراعتها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر﴾ فقوله هى أرض بمنزلة الجنس يشمل ما تعذر وغيره وقوله تعذر أخرج غيره فلا يكون مواتا وقوله لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها بيان لسبب التعذر وقوله غير مملوكة أخرج ما كان كذلك وهو مملوك فلا يكون مواتا وقوله بعيدة عن العامر أخرج القريبة فلا تكون مواتا قال الشارح وهذا تفسير لموات الارض وانما سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها بالميت قال الشارح وأما تفسير الحياة فظاهر قال فى العناية والاحياء شرعا أن يكرب الارض و يسقيها فان كربها ولم يسقها أو سقاها ولم يكربها فليس باحياء وفى الكافى لو فعل أحدهما يكون احياء وعن أبى يوسف الاحياء البناء والغراس أو الكرب أو السقى وعن محمد الكرب الاحياء وفى الغياثية عن محمد الكرب ليس باحياء الا ان يبذرها وعن شمس الائمة الاحياء ان يجعلها صالحة للزراعة وفى الخانية لو بنى فى بعض أرض الموات أو زرع فيها كان ذلك احياء لذلك البعض دون غيره

الاان يكون ماعمر أ كثرمن النصف فى قول أبى يوسف وقال محمد اذا كان الموات فى وسط الاحياء يكون احياء للكل اه والاحياء لغة الانبات سواء كان بفعل فاعل من شراء وغير ذلك لايقال لماذا عرف المؤلف الموات دون الاحياء والمناسب ان يعرفهما معا لانا نقول أراد بيان الاكمل وانما ترك تعريف الاحياء قال الشارح لانه ظاهر وقوله غير مملوكة يعنى فى دار الاسلام لان الميت على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله بان لا يكون مملوكا لاحد لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أوذمى كان ملكه باقيا لعدم مايزيله فلا يكون مواتا فاذا عرف المالك فهى له وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف فى اللقطة ولو ظهر لها مالك بعد ذلك أخذها وضمن من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شئ عليه وقول القدورى فما كان منها عاديا مراده بالعادى ماقدم خرابه كانه منسوب الى عاد لخراب عهدهم وجعل المملوك فى دار الاسلام اذا لم يعرف له مالك من الموات لان حكمه كالموات لانه لايعرف له مالك بعينه وليس هو مواتا حقيقة على مابينا وقوله بعيدة عن العامر هو قول أبى يوسف والبعيدة ان تكون بحيث لو وقف انسان فى أقصى العامر وصاح باعلى صوته لم يسمع منه فهو موات وان كان يسمع فليس بموات لان أهل العامر يحتاجون اليه لرعى مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم به منقطعا وعند محمد يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لايجوز احياء ماينتفع به أهل القرية وان كان بعيدا او يجوز احياء مالاينتفعون به وان كان قريبا وشمس الائمة اعتمد قول أبى يوسف وفى التتارخانية اذا عرف انها كانت مملوكة فى الاول ولم يعرف مالكها الآن قال القاضى أبو على السغدى عن استاذه الحكم انه يجوز للامام ان يدفعها الى رجل و ياذن له فى الاحياء فتصير لمن أحياها وفى نوادر هشام اذا كان بها آثار عمارة من بناء و بئر ولا يعرف مالكها الآن لايسع لاحد ان يحييها أو يتملكها أو ياخذ منها ترابا وفى رسالة أبى يوسف لهارون الرشيد هى لمن أحياها وليس للامام ان يخرجها من يده وعليه فيها الخراج وروى هشام عن محمد فى الكفور الخربة والاماكن الخربة اذا رفع الرجل منها التراب وألقاه فى أرضه قال اذا كان القصور والخراب تعرف انه من بناء قبل الاسلام فهى بمنزلة الموات لا بأس بذلك وان خربت بعد الاسلام وكان لها أرباب لكن لايعرفون لايسع لاحد ان ياخذ منها شيأ لانها بمنزلة دورهم اه قال رحمه الله ﴿ومن أحياها باذن الامام ملكها﴾ وهذا قول الامام وقالا يملك من احيا ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها رواه البخارى ومسلم ولانه مباح سبقت اليه يده كالاحتطاب والاصطياد وللامام قوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء الا ماطابت به نفس امامه فان قلت ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم ان لا يملك أحد شيأ من الاملاك بغير اذن الامام مع ان الظاهر خلافه كالبيع وغيره قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام ومانحن فيه من ذلك فان قلت كون مانحن فيه يحتاج الى اذن الامام هو أول المسئلة فيلزم المصادرة ولان هذه الاراضى كانت فى أيدى الكفار فصارت فى أيدى المسلمين فكانت فيئا ولايختص أحد بالفىء بدون اذن الامام كالغنائم بخلاف المستشهد به فلم يكن فيئا واذا أحياها فهى له خراجية أوعشرية فهى على مابينا فى السير و بينا الخلاف فيه قال فى الهداية ملكها خراجية أوعشرية قال والواجب فيها العشر لان ابتداء وظيفة المسلم بالخراج الااذا استقاها بماء الخراجى لانه حينئذ يكون فيها الخراج على اختلاف الماء ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثانى أحق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول أحق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلاتخرج عن ملكه بالترك ولو أحيا أرضا مواتا ثم أحاط الاحياء بجوانبها الاربعة أربعة نفر ٧ على التعاقب تعين طريق الاول فى الارض الرابعة فى المروى عن محمد لانه لما أحيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق وفى الظهيرية فان جاء أربعة معا ولم يتقدم أحدهم واحيا كل واحد منهم جانبا منها وأحاطوا بالاربعة جوانب معا فله ان يستطرق من أى أرض شاء اذا كانوا أحيوا جوانبها الاربعة معا هكذا قال والدى اه و يملك الذمى بالاحياء كالمسلم لانهما لايختلفان فى سبب الملك قال تاج الشريعة فان قلت مارواه عام خص منه الحطب والحشيش ومارويناه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت ماذكر لبيان انه لايجوز الافتيات على رأى الامام والحشيش والحطب لايحتاج فيهما الى رأى الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض ممايحتاج فيها الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل وارضاع الكلاب ٧ كسائر الاموال فكان ماقلنا أولى وفى الخانية فى كتاب الزكاة ذكر الناطفى القاضى فى ولايته بمنزلة الامام فى ذلك اه قال رحمه الله ﴿وان حجر لا﴾ يعنى وان حجر الارض لايملكها به واختلف فى كون التحجير يفيد التمليك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتا

الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد ملكا وهو مختار المصنف وهو الصحيح وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضى ثلاث سنين وأحياها فانه يملكها على الثانى ولا يملكها على الاول وجه الاول قول عمر رضى الله تعالى عنه ليس للمحتجر حق بعد ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق فى ثلاث سنين وجه الثانى ان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر وهو المنع بوضع حجر أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك أو باحراق ما فيها من الشوك وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو أولى بها ولا تؤخذ الا بعد مضى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها أخذها منه ودفعها الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين بالعشر أو الخراج فاذا لم يحصل المقصود فلا فائدة فى تركها فى يده نظير الاستباح وهو بناء السبيل وحفر المعدن فى هذا الحكم فان قلت اذا كان الدفع لاجل العشر أو الخراج فيقتضى هذا الدليل ان للامام ان يأخذها ويدفعها الى غيره بعد الاحياء أيضا اذا كان لم يزرعها تحصيلا لمنفعة المسلمين بالعشر أو الخراج قلنا قد ملكها بالاحياء دون التحجير والامام لا يملك ان يدفع مملوك أحد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير المملوك اليه لذلك فافترقا وفى المحيط اذا حفر فيها بئرا أو ساق اليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع ولو حفر فيها أنهارا لم يكن احياء الا أن يجرى فيها ولو حفر فيها ولم يبلغ الماء لم يكن احياء ويكون تحجيرا اه قناة بين رجلين أحيا أحدهما أرضا ميتة ليس له أن يسقيها من القناة أو يجعل شربه منها لان هذه الارض ليس فيها حق فى هذا الشرب فليس له ذلك بغير اذن شريكه فاذا حفر رجلان بنفقتهما بئرا فى أرض موات على أن يكون البئر لاحدهما والحريم للآخر لم يجز للاصطلاح على غير موجب الشرع فان الشرع جعل الحريم تبعا للبئر ليتمكن صاحب البئر من الانتفاع وكان الحريم لمالك البئر فان كان البئر لواحد فالحريم له وان كان البئر بينهما فالحريم بينهما ولو شرطا على أن يكون البئر لواحد والحريم له وان كان البئر بينهما على أن ينفق أحدهما أكثر ولا يرجع به فالشرط باطل ويرجع بالزائد لان الشركة تقتضى المساواة فى الأصل والنفقة وفى الغياثية لو أقطع الامام رجلا أرضا فتركها ثلاث سنين لا يعمر فيها ابطل الانتفاع اه قال رحمه الله ﴿ولا يجوز احياء ما قرب من العامر﴾ لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا عند محمد أو تقديرا عند أبى يوسف على ما تقدم فصار كالنهر والطريق ولهذا قالوا لا يملك الامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار يستسقى منها الناس اه قال رحمه الله ﴿ومن حفر بئرا فى موات فله حريمها أربعون ذراعا من كل جانب﴾ لقوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته ولان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا بما حولها ولو غرس شجرا فى أرض الموات هل يستحق لها حريم لم يذكره محمد فى الاصل وقال مشايخنا لها حريم بقدر خمسة أذرع حتى لم يكن لغيره أن يغرس فيها شجرة وللاول منعه وقدر الشارع حريم البئر بأربعين ذراعا ثم قيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ بجميع الجوانب الاربعة والصحيح ان المراد أربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا بجنبها فيتحول ماء الاولى الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب فيتقدر بأربعين كيلا يتعطل عليه المصالح ولا فرق فى ذلك بين أن تكون البئر للعطن أو للناضح عند أبى حنيفة وعندهما ان كان للعطن فأربعون ذراعا وان كان للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح أكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول الرشا وفى بئر العطن يستسقى بيده ولا بد من التفاوت بينهما وله ما روينا من غير فصل ومن أصله العام المتفق على قبوله والعمل به يرجح على الخاص المختلف فى قبوله والعمل به وبهذا رجح قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجته الارض ففيه العشر على قوله وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة لا يقال المراد بذكر العطن ساقية عطنا للمناسبة ٧ لانا نقول ذكر العطن فيه للتغليب لا للتقييد ولانه يستسقى من بئر العطن بالناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولانه يمكن أن يدبر البعير حول البئر فلا يحتاج الى الزيادة والتقدير بالاربعين قول الامام وعندهما بقدر ستين ذراعا وبه يفتى وفى الينابيع ومن احتاج الى أكثر من ذلك يزاد عليه اه قال رحمه الله ﴿وحريم العين خمسمائة ذراع﴾ لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد من وطن يستقر فيه الماء ومن موضع يجرى فيه الى الزراعة وقدر الشارع بخمسمائة ولا مدخل للرأى فى المقادير ثم قيل الخمسمائة من الجوانب الأربعة من كل جانب مائة وخمسون ٧ ذراعا والأصح ان الخمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هو المكسر وهو ست قبضات وكان ذراع

الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة وفى الكافى قيل ان التقدير فى البئر والعين بما ذكرنا لصلابتهما وفى أراضينا يزاد على ذلك
لرخاوة الأرض كيلا يتحول الماء الى الثانية فتعطل الاولى قال رحمه الله ﴿ومن حفر فى حريمها يمنع منه﴾ لأنه صار ملكا لصاحب
البئر ضرورة لتمكنه من الانتفاع فكان الحافر متعديا بالحفر فى ملك غيره فاذا حفر كان للاول أن يمنعه لما ذكرنا والحفر ليس بقيد
قال فى الخانية ولو بنى الثانى فى حريم الاول كان له أن يمنعه ولو أراد الاول أن يأخذ الثانى بحفره كان له ذلك لأنه أتلف ملكه بالحفر ثم
اختلفوا فيما يؤاخذ به قيل بكسبه لانه أزاله بتعديه كما لو وضع شيأ فى ملك غيره وقيل يضمنه النقصان ويكنس الاول ما حفره بنفسه
كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح وفى العناية طريق معرفة النقصان أن يقوم
الاول قبل حفر الثانى و بعده فيضمن نقصان ما بينهما وما عطب فى البئر الاول فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى حفره أما اذا كان
باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما وأما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام وان لم يثبت له الملك
الا باذنه وما عطب فى الثانية فهو مضمون على الثانى لانه متعد فى حفره فى ملك غيره ولو حفر الثانى بئرا فى منتهى حريم الاول باذن
الامام فذهب ماء البئر الاولى وتحول الى الثانية فلا شئ عليه لانه غير متعد فى ذلك والماء الذى تحت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون
له المخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا فى جنب حانوت غيره فكسد الاول بسببه وللثانى فى الحريم من الجوانب الثلاثة دون الاول بسبق
ملك الاول فيه قال رحمه الله ﴿وللقناة حريم بقدر ما يصلحه﴾ والقناة مجرى الماء تحت الارض ولم يقدر حريمه بشئ يمكن ضبطه
وعن محمد هو بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم وقيل هذا قولهما وعند الامام لا حريم له ما لم يظهر على وجه الارض لانه نهر فى الحقيقة
فتعتبر بالنهر قالوا عند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع اهـ قال رحمه الله ﴿وما عدل عنه الفرات
ولم يحتمل عوده اليه فهو موات﴾ لانه ليس فى ملك أحد وجاز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر قال رحمه الله ﴿وان احتمل عوده
اليه لا﴾ يعنى لا يكون مواتا لتعلق حق العامة فيه على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم لحاجتهم اليه اهـ قال رحمه الله
﴿ولا حريم للنهر﴾ وهذا قول الامام وقالا له حريم من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه
كصاحب البئر والعين لانه يحتاج الى الشئ على حافتى النهر ليجرى الماء اذا حبس بشئ وقع فيه اذ لا يمكنه المشى فى وسط الماء وكذا
يحتاج الى موضع يلقى عليه الطين عند الكرب وفى الكبرى والفتوى على قول أبى يوسف وهذا اذا حفر النهر فى أرض الموات
وفى الكافى ومن كان له نهر فى أرض غيره فليس له حريم عند الامام الا أن يقيم البينة على ذلك وقالا له مشاة النهر يمشى عليها ويلقى
عليها طينه وفى السراجية قال حسام الدين والصحيح انه يستحق الحريم وفى الفتاوى نهران بين قريتين وقع الاختلاف فى
حريمهما فما كان مشغولا بتراب أحد النهرين فهو فى أيدى أهل ذلك النهر والقول فى ذلك القدر لهم فلا يصدق الآخرون الا ببينة
وما كان بين النهرين ولم يكن مشغولا بتراب أحدهما فهو بين أهل القريتين الا أن يقيم أحدهما البينة انه له خاصة قال الشارح
دليل الامام ان استحقاق الحريم فى البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس فى معناهما ألا ترى ان من بنى
قصرا فى الصحراء لا يستحق حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء الكناسة لانه يمكن الانتفاع بالقصر دون الحريم وفى الجامع الصغير
نهر لرجل الى جنبه مسناة وأرض لآخر والمسناة فى يد أحدهما فان لم يكن لاحدهما غرس ولا طين ملقى فادعى صاحب الارض المسناة
وادعاه صاحب النهر أيضا فهى لصاحب الارض عند الامام وقالا هى لصاحب النهر حرى الملقى عليه طينه وغير ذلك ٧ فينكشف بهذا
اللفظ موضع الخلاف وهو أن يكون الحريم موازيا للارض لا فصل بينهما وأن لا يكون الحريم مشغولا بحق أحدهما معينا معلوما
وان كان فيه أشجار ولا يدرى من غرسها فهو على الخلاف أيضا وكذا قبل القاء الطين على الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر
ما لم يفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما أيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين
ونحو ذلك مما جرت به العادة ولا يغرس فيه الا المالك لانه لا يبطل حقه قال الفقيه أبو جعفر أخذ بقوله فى الغرس و بقولهما
فى القاء الطين ثم عند أبى يوسف حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الحاوى وعند محمد مقدار بطن النهر من كل
جانب وهو اختيار الكرخى وذكر فى كشف الغوامض أن الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكرى
فى كل حين أما الانهار الصغار يحتاج فيه الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق اهـ
﴿مسائل الشرب﴾ لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل

المياه على غيره لان المقصود هو الماء لا يقال الا اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات قلنا الاصالته وكثرة فروعه يستحق التقديم على الشرب قال فى المحيط يحتاج الى معرفة مشروعية حق الشرب وتفسيره لغة وشرعا وركنه وشرطه وحكمه أما مشروعيته فلقوله صلى الله عليه وسلم اذا بلغ الوادى الكعبين لم يكن لاهل الاعلى أن يحبسوه عن أهل الاسفل وأما تفسيره لغة فهو عبارة عن النصيب من الماء لقوله تعالى كل شرب محتضر أراد بالشرب النصيب من الماء ولقوله تعالى لها شرب أى نصيب وفى الشرع النصيب من الماء للاراضى لالغيرها وأما ركنه فهو الماء لان الشرب يقوم به وأما شرطه فله أن يكون ذا حظ من الشرب وأما حكمه فالارواء لان حكم الشئ ما يفعل لاجله وانما شرب الارض لتروى اه قال رحمه الله ﴿هو نصيب الماء﴾ قال الشارح أى الشرب بالكسر هو النصيب والماء والصواب هو النصيب من الماء ولك أن تقول ماذكره المؤلف المعنى اللغوى وهو لا يليق ذكره فى المتون قال رحمه الله ﴿الانهار العظام كدجلة والفرات غير مملوكة ولكل أن يستقى أرضه ويتوضأ به ويشرب وينصب الرحا عليه ويكرى نهرا منها الى أرضه ان لم يضر بالعامة﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والنار والكلأ ولان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا فى الملك بالاحراز فاذا لم يكن مملوكا كان مشتركا والمراد بالماء فى الحديث ما ليس بمحرز فان المحرز قد ملكه فخرج عن كونه مباحا كالصيد اذا أحرزه لا يجوز لاحد أن ينتفع به الا باذنه وشرط لجواز الانتفاع أن لا يضر بالعامة فان كان يضر بالعامة ليس له الكرى ونصب الرحا لان الانتفاع بالمباح لا يجوز الا اذا كان لا يضر بالعامة كالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلأ الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه وأحرزه وان كان فى أرض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بنورها والاصطلاء بها والايقاد من لهبها فليس لاحد أن يمنع من ذلك اذا كان فى الصحراء بخلاف ما لو أراد ان يأخذ جمرة لانه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كسائر أملاكه اه قال رحمه الله ﴿وفى الانهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقى دوابه لا أرضه وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع﴾ وانما كان له حق الشرب وسقى الدواب لما روينا ولان الانهار والآبار والحياض لم توضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز ولكن المسافر لا يمكنه أن يأخذ ما يوصله الى مقصده فيحتاج أن يأخذ مما يمر عليه مما ذكر مما يحتاج اليه لنفسه ودوابه وصاحبه فلو منع من ذلك لحقه ضرر عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف سقى الاراضى حيث يمنع وان لم يكن فيه ضرر لان فى اباحة ذلك ابطال حق صاحب الانهار اذ لا نهاية لذلك فتذهب منفعة صاحب الانهار فيلحقه بذلك ضرر بخلاف سقى الدواب لان مثله لا يلحقه به ضرر حتى لو تحقق فيه الضرر يمنع وهو المراد بقوله وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما أثبتنا ما ذكرنا لغيره للضرورة فلا معنى لابقائه على وجه يضر بصاحبه قال فى الهداية ولهم الشرب وان شربوا الماء كله اه وفى المحيط ولو أراد صاحب الارض أن يغرف بالجرة فلصاحب الملك أن يمنعه من الدخول وان لم يجد يقال لصاحب الملك اما أن تعطيه الماء واما أن تمكنه من الدخول بشرط أن لا يكسرها فى النهر قالوا هذا اذا كان فى أرض مملوكة فاما اذا حفر فى أرض موات لم يكن لصاحب النهر منعه من الدخول اذا كان لا يكسر مسناة النهر لان الارض كانت مشتركة بين الناس كافة فاما اذا أحياها انسان لم تنقطع الشركة فى الدخول لاهل الشفعة ويجوز أن تكون رقبة الشئ لانسان وللآخر فيه حق الدخول اه وفيه أيضا رجل له ماء يجرى الى مزرعته فيجئ رجل ويسقى دوابه حتى ينفد الماء كله هل لصاحب النهر أن يمنعه قال ليس له ذلك اه قال رحمه الله ﴿والمحرز فى الكوز والحب لا ينتفع به الا باذن صاحبه﴾ لانه ملكه بالاحراز فكان أحق به كالصيد اذا أخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهة ولو سرق الماء فى موضع يعز فيه الماء وهو يساوى نصابا لا يقطع واعترض عليه بأنه على هذا ينبغى أن لا يقطع فى شئ من الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا ولا يلزم من العمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا فان العمل به على الاطلاق يبطل العمل بقوله تعالى والزانية والزانى والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوصيات كذا فى العناية واعترض بانه وان لم يلزم من العمل بالحديث ابطال الكتاب لكن يلزم به ابطال دليل شرعى آخر فانكم حكمتم بان الماء المحرز فى الاوانى يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهو حكم شرعى لا بد له من دليل شرعى

لا محالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي فدل على ان المراد بالحديث المذكور غير مادل عليه بخصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر في ملك رجل فله أن يمنع من يريد الشفعة من الدخول وقد قدمنا عن المحيط بتفاصيله وحكم الكلأ حكم الماء على التفاصيل المتقدمة ولو منع رب النهر من يريد الماء وهو يخاف على نفسه أو على دابته العطش فان له أن يقاتله بالسلاح لاثر عمر ولانه قصد اتلافه وان كان الماء محرزا في الاواني فليس للذي يخاف العطش أن يقاتل بالسلاح وله أن يقاتله بغير السلاح اذا كان فيه فضل عن صاحبه فصار نظير الطعام حالة المخمصة وفي الكافي قيل في البئر ونحوه والاولى أن يقاتله بغير السلاح لانه ارتكب معصية فصار بمنزلة التعزير وهذا يشير الى ان له أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الاولى أن لا يقاتله به وأهل الشفعة بان كانوا يشربون الماء كله بان كان نهرا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشي كثرة ينقطع الماء اختلفوا فيه قال بعضهم ليس لربه أن يمنع وأكثرهم على أن له أن يمنع لانه يلحقه الضرر بذلك فصار كسقي الارض وله أن يأخذ منه الماء للوضوء وغسل الثياب في الاصح وقيل ينقلهما في النهر ولو أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره فحمل الماء اليه بالجرة كان له ذلك وقال بعض أئمة بخارى ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر والاول أصح لان الناس يتوسعون في ذلك وليس له أن يسقي نخله وشجره وأرضه من نهر غيره الا باذن صاحبه وله أن يمنع من ذلك فالحاصل المياه ثلاثة الانهار العظام التي لا تدخل في ملك أحد والانهار التي هي مملوكة وما صار في الاواني وقد ذكرنا حكم كل واحد بتوفيق الله تعالى قال رحمه الله ﴿وكرى نهر غير مملوك من بيت المال﴾ لان ذلك لمصلحة العامة وبيت المال معد لها قال في الهداية ويصرف ذلك من الجزية والخراج دون العشر والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب قال رحمه الله ﴿فان لم يكن فيه شئ يجبر الناس على كريه﴾ يعني اذا لم يكن في بيت المال شئ أجبر الامام الناس على كريه لان الامام نصب ناظرا وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه لما روى ان عمر أجبر في مثل هذا فكلموه فقال لو تركتم لبعتم أولادكم الا أنه يخرج للكرى من كان يطيق الكرى منهم ويجعل مؤنه على الاغنياء الذين لا يطيقون الكرى بانفسهم قال في الهداية فان أراد أن يحصن النهر خوف الانشقاق وفيه ضرر عظيم يجبرهم على ذلك اه قال رحمه الله ﴿وكرى ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبي على كريه﴾ لانه منفعة لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم ولان الغرم بالغنم ومن أبى منهم يجبر وقيل ان كان خاصا لا يجبر والفاصل بين الخاص والعام ان ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به الشفعة عام وبيان الفرق انه اذا كان عاما فيه دفع ضرر عام فيجبر الآبي بخلاف الخاص وفي الضرر الخاص يمكن الدفع بان يرفع الامر الى القاضي فينفق ويرجع على الممتنع بحصته وبه أخذ الفقيه أبو جعفر وصار كزرع بين شريكين امتنع أحدهما من الانفاق فلصاحبه أن ينفق عليه بامر القاضي ويرجع عليه بما أنفق فكذا هذا كذا في المحيط بخلاف ما اذا كان عاما لا يمكن الرجوع لكبرهم فيجبر الممتنع ولا يقال في كراء النهر الخاص احياء له ٧ حقوق أهل الشفعة فيكون في تركه ضرر عام لانا نقول لا جبر لاجل أهل الشفعة ألا ترى ان أهل النهر لو امتنعوا عن كريه لا يجبرهم في ظاهر الرواية لانهم امتنعوا عن عمارة أراضيهم ولو كان حق أهل الشفعة معتبرا لاجبر وفي التتارخانية معناه أن ينقلوا نصيب الآبي من الشرب مقدار ما يبلغ قيمة ما أنفق قال رحمه الله ﴿ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل برئ﴾ وهذا عند الامام وقالا المؤنة عليهم جميعا من أول النهر الى آخره بالحصص لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى مسيل الفاضل من الماء فانه اذا سد عليه فاض الماء الى أرضه فيفسد زرعه ولان كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله الى أسفله وفي الخانية الفتوى على قول الامام واختلف أئمتنا في الطريق الخاص اذا احتاج الاصلاح قيل هو على هذا الاختلاف عند الامام عليه المؤنة الى أن يجاوز أرضه وعندهما من أوله الى آخره قال الهندواني ورأيت في بعض الكتب اذا انتهى الى دار رجل يدفع عنه مؤنة الاصلاح بالاجماع فيحتاج الى الفرق بين الطريق والنهر والفرق ان صاحب الدار لا يحتاج الى النظر فيما جاوز داره بوجه من الوجوه بخلاف صاحب الارض وللامام ان مؤنة الكرب على من ينتفع به ويسقي منه أرضه فاذا جاوز أرضه برئ فلا يلزم شئ في مؤنة ما بقي ألا ترى ان من له الحق بسيل الماء على سطح جاره لا يلزمه شئ من عمارته باعتبار مسيل الماء فيه ولانه يتمكن من دفع الضرر عنه بسد فوه النهر من أعلاه اذا استغنى عنه وزعم بعضهم ان الكرب اذا انتهى الى فوه أرضه من النهر فليس عليه شئ من المؤنة والاصح انه يمكنه مؤنة الكرب الى أن يجاوز حد أرضه

لان

لان له ان ياخذ الفوه من أى موضع شاء من أرضه من أعلاها أو أسفلها قال رحمه الله ﴿ولا كرى على أهل الشفعة﴾ لانهم لا يحصون قوله لا يحصون لان اهل الدنيا كلهم لهم حق الشفعة ومؤنة الكرى لا تجب على قوم لا يحصون ولان المراد من حفر الانهار ونحوها سقى الاراضى وأهل الشفعة اتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة قال رحمه الله ﴿وتصح دعوى الشرب بغير أرض﴾ وهذا استحسان والقياس ان لا تصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى به فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضى ان يقضى له بالمدعى به اذا اثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون الارض فلا يستمع القاضى فيه الدعوى والخصومة كالخمر فى حق المسلمين وجه الاستحسان ان الشرب مرغوب فيه ويمكن ان يملكه بغير الارض بالارث والوصية وقد تباع الارض ويبقى الشرب وحده فاذا استولى عليه رجل ظلما كان له ان يرفع يده عنه باثبات حقه بالبينة رجل له أرض ولآخر نهر يجرى فيها فاراد رب الارض ان يمنع النهر ان يجرى فى أرضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر فى يد رب النهر وعند الاختلاف القول قوله فى انه ملكه فاذا لم يكن فى يده ولم يكن جاريا فيها فعليه البينة ان هذا النهر له وان مجراه فى هذه الارض بسوقه الى أرض له ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كانت الدعوى فيه أو حق الآخر فى اثبات المجرى من غير دعوى الملك وعلى هذا نصيب الماء فى كل نهر أو مجرى على سطح أو الميزاب أو المشى فى دار غيره فالحكم فيه كالشرب كما قدمنا اه قال رحمه الله ﴿نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم﴾ لان المقصود بالشرب سقى الارض والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد مقدار أرضه بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود الاستطراق وذلك لا يختلف باختلاف الدار لا يقال استويا فى اثبات اليد على النهر فوجب ان يستويا فى الاستحقاق لانا نقول الماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة ولا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع به والظاهر ان الانتفاع متفاوت بتفاوت الارض فتتفاوت الاجزاء فى ضمن الانتفاع فيكون كل واحد منهما بحسب ذلك وليس لاحدهم ان يسكر النهر على الاسفل ولكن يشرب حصته لان فى السكر احداث شئ لم يكن فى وسط النهر ورقبة النهر مشترك بينهم فلا يجوز لاحدهم ان يفعل ذلك بغير اذن الشركاء فان تراضوا على ان الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته واصطلحوا ان يسكر كل واحد فى نوبته جاز لان المانع حقهم وقد زال ذلك بتراضيهم ولكن ان أمكنهم ان يسكر بلوح أو باب فليس له ان يسكر ذلك بالطين والتراب لان به ضررا بالشركاء ولو كان الماء فى النهر بحيث لا يجرى الى أرض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ بالاعلى حتى يروى ثم بالذى بعده كذلك وليس لاهل الاعلى ان يمنعوه من أهل الاسفل اه قال رحمه الله ﴿وليس لاحدهم ان يشق نهرا أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسرا أو يوسع فم النهر أو يقسم بالايام وقد وقعت القسمة بالكوى او يسوق نصيبه الى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم﴾ لان فى شق النهر ونصب الرحا كسر ضفة النهر المشترك وشغل المشترك بالبناء بغير اذن الشركاء لا يجوز الا ان يكون الرحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبها فيجوز لان ما يحدثه من البناء فى خالص ملكه وبسبب الرحا لا ينقص الماء والمانع من فعل ذلك الاضرار بالشركاء ولم يوجد وبالقنطرة والجسر اشغال الموضع المشترك بغير اذن الشركاء فلا يجوز والدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارزفى رأسه مغرفة كبيرة ليسقى بها وقيل هو الدولاب والسانية للبعير يسقى عليها من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون بين الالواح وغيره والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر والكوى نقب البيت والجمع كوى واذا كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر بين القوم فاذا أراد ان يقنطر عليه أو يسده من جانبيه كان له ذلك لانه يتصرف فى خالص ملكه برفع بنائه وان كان يزيد فى أخذ الماء كان للشركاء منعه وانما لا يكون له ان يوسع فم النهر لان فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه فى اخذ الماء وهذا ظاهر فيما اذا لم تكن القسمة بالكرى وكذا ان كانت بالكرى لانه اذا وسع فم النهر يحبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى ملكه أكثر مما كان له أولا وكذا اذا أراد ان يؤخر فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع من فم النهر لانه يحبس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه وليس له ذلك الا باذن الشركاء بخلاف ما اذا أراد ان يسفل كواه أو يرفعه من حيث العمق فى مكانه حيث يكون له ذلك فى الصحيح لان قسمة الماء فى الاصل وقع باعتبار سعة الكوى وضيقها من غير اعتبار السفل والرفع فى العمق هو العادة

فلا يؤدى الى تغيير موضع القسمة فلا يمنع وانما لم يكن له ان يقسم بالايام بعد ما وقعت القسمة بالكوى لان القديم يترك على حاله لظهور ان الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة فى نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى فى النهر الاعظم لان لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فالكوى بطريق الاولى وانما لم يكن له أن يسوق شربه الى أرض أخرى ليس لها فيه شرب لانه اذا فعل ذلك يخشى ان يدعى حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى اذا تقادم العهد ويستدل على ذلك بالحفر واجراء الماء فيه اليها وكذا لو أراد ان يسوق شربه الى الارض الاولى حتى ينتهى الى الاخرى لانه يسوق زيادة على حقه اذ الارض الاولى تشرب الماء قبل ان يسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم ان يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار مفتحها فى هذا الطريق بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد وله حق المرور ويتصرف فى خالص ملكه وهو الجدار بالرفع ولو أراد الاعلى من الشريكين فى النهر الخاص وفيه كوة بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه لكيلا ينز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالاخرى وكذا اذا أراد ان يقسم النهر مناصفة لان القسمة فى الكوة تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد الرضا لصاحب السفل ان ينقض ذلك وكذا الورثته من بعده لانه اعارة للشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز فتعينت الاعارة فيرجع فيها وكذا ورثته فى أى وقت شاؤا لان الاعارة غير لازمة اهـ قال رحمه الله ﴿ويورث الشرب ويوصى بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب﴾ لان الورثة خلف الميت يقومون مقامه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه كالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر وكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز للغرور والجهالة ولعدم الملك فيه للحال لانه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب انسان بان سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وكذا لا يصلح مسمى فى النكاح ولا فى الخلع ولا فى الصلح عن دم العمد وهذه العقود صحيحة ولا تبطل بهذا الشرط فيها ويجب على الزوج مهر المثل وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر وعلى القاتل الدية وكذا لا يصلح بدلا فى دعوى حق وللمدعى ان يرجع فى دعواه وذكر صاحب الهداية فى البيع الفاسد ان الشرب يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ فى الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن قال صاحب الخلاصة رجل له نوبة ماء فى يوم معين فى الاسبوع فجاء رجل فسقى أرضه فى نوبته ذكر الامام على البزدوى ان غاصب الماء يكون ضامنا وذكر فى الاصل انه لا يكون ضامنا وفى الفتاوى الصغرى رجل أتلف شرب رجل بان سقى أرضه بشرب غيره قال الامام على البزدوى يضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى فتوهم بعضهم ان صاحب الهداية تناقض حيث قال هنا لا يضمن ان سقى من شرب غيره وقال هناك ولهذا يضمن بالاتلاف وليس كذلك بل ماذكر فى كتاب البيوع على رواية مشايخ بلخ وماذكر ههنا على رواية الاصل قال الشارح ولو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الارض على رواية الاصل فان لم يكن للشرب أرض قيل يجمع الماء فى نوبة فى حوض فيباع الى ان يقضى الدين من ذلك وقيل ينظر الامام الى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب اليها فيبيعها برضا صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب والى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت والسبيل فى معرفة قيمة الشرب اذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما ان يقوم الشرب على تقدير ان لو كان يجوز بيعه وهو نظير ما قال بعضهم فى العقر الواجب بشبهة ينظر الى هذه المرأة بكم كانت تستأجر للزنا فذلك القدر هو عقدها فى الوطء بالشبهة وان لم يجد اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم تضم الى هذا الشرب فيبيعها فيؤدى من الثمن قيمة الارض المشتراة والفاضل للغرماء قال رحمه الله ﴿ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن﴾ لانه متسبب وليس بمتعد فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان فى السبب ان يكون متعديا ألا ترى ان من حفر بئرا فى أرض لا يضمن ما عطب فيه وان حفر فى الطريق يضمن وانما قلنا انه ليس بمتعد لان له ان يملأ أرضه ويسقيه قالوا هذا اذا سقى أرضه سقيا معتادا بان سقاها قدر ما تحتمله عادة اما اذا سقاها سقيا لا تحتمله أرضه فيضمن وهو نظير ما لو أوقد نارا فى داره فاحترق دار جاره فان كان أوقدها مثل العادة لم يضمن وان كان بخلاف العادة يضمن وكان الشيخ اسمعيل الزاهد يقول انما لم يضمن بالسقى المعتاد اذا كان محقا فيه بان سقى أرضه فى نوبته مقدار حقه واما اذا سقاها فى غير نوبته أو فى نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدى فى السبب اهـ والله أعلم

﴿كتاب

﴿ كتاب الاشربة ﴾

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى فاللفظى هو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوى هو معنى لفظ الشرب الذى هو مصدر شرب فان كلا منهما مشتق من ذلك المصدر ولا بد فى الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه فى اللفظ والمعنى قال فى العناية ومن محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ الشبهة فى حسن تحريم ما يزيل العقل الذى يحصل به معرفة شكر المنعم فان قيل لماذا حل للامم السابقة مع احتياجهم الى العقل أجيب بان السكر حرام فى جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة من الله علينا لئلا يؤدى الى المحظور بان يدعو القليل الى الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرم علينا النبيذ والداعى المذكور موجود أجيب بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك ٧ وانما يتدرج الضارى لئلا يتعداه من الاسلام كذا فى العناية بان ينفر من الاسلام اه وأضيف هذا الكتاب الى الاشربة والحال ان الاشربة جمع شراب وهو اسم فى اللغة لكل ما يشرب من المائعات حراما كان أو حلالا وفى استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكر المانى هذا الكتاب من بيان حكم الاشربة كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وفى التلويح فى أوائل القسم الثانى ان اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لا مجاز ولا يخفى انه يحتاج الى تفسير الاشربة لغة وشرعا وقد تقدم والى بيان الاعيان التى تتخذ منها الاشربة وأسمائها وسيأتى بيان ذلك قال رحمه الله ﴿الشراب ما يسكر﴾ هذا فى اصلاح الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وهذا معناه قال رحمه الله ﴿والمحرم منها أربعة الخمر وهى النىء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها﴾ وقال بعضهم كل مسكر خمر لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر رواه مسلم ولقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأبو داود ولانها سميت خمرا لمخامرة العقل وكل مسكر يخامر العقل ولنا اجماع أهل اللغة على حقيقته فى النىء من ماء العنب وتسمية غيرها بالخمر مجازا وعليه يحمل الحديث المتقدم كذا فى الشارح وفيه نظر لانه نقل فى القاموس الخمر ما يسكر من عصير العنب أو عام قال والعموم أصح وأيضا الحديث محمول على بيان الحكم لانه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقيقة اللغوية والتعريف المذكور للخمر هو قول الامام وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد لان اللذة تحصل به وهو المؤثر فى ايقاع العداوة والصد عن الصلاة وله أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف لزبد والكلام فيه فى مواضع أحدها فى بيان ماهيته والثانى وقت ثبوت هذا الاسم وقد تقدما والثالث ان عينه حرام غير معلول بالسكر بخلاف غيره من الاشربة فانه معلول بالسكر ومن الناس من يقول غير المسكر منها ليس بحرام كغيره من الاشربة فانه معلول بالسكر لان الفساد لا يحصل الا به وهذا كفر لانه مخالف للكتاب والسنة والاجماع والرابع انها نجسة العين نجاسة غليظة كالبول والغائط والخامس ان مستحلها يكفر لانكاره الدليل القطعى والسادس سقوط تقومها فى حق المسلم حتى لا يضمن متلفها والسابع لا يجوز بيعها لقوله صلى الله عليه وسلم ان الذى حرم شربها حرم بيعها رواه مسلم والثامن انه يحد شاربها وان لم يسكر والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه لا يمنع من ثبوت الحرمة لرفعها بعد ثبوتها والعاشر جواز تخليلها على ما يجىء من قريب ان شاء الله تعالى وفى الكافى ولا يحل ان يستقيه ذميا أو صبيا أو دابة وفى الخانية ويكره الاكتحال بالخمر وان يجعله فى السعوط وفى الاصل لو عجن الدقيق بالخمر كره أكله والحنطة اذا وقعت فى الخمر يكره أكلها قبل الغسل ولو انتفخت الحنطة فى الخمر قال محمد لا تطهر قبل الغسل وقال أبو يوسف تغسل ثلاث مرات وتجفف فى كل مرة فتطهر وعلى هذا الخلاف اذا طبخ اللحم فى الخمر فهو على هذا الخلاف وفى الخلاصة لو طبخ الخمر بالماء والماء أقل أو سواء يحد شاربه وان كان الماء أكثر لا يحد الا اذا سكر وفى الكافى واختلفوا فى سقوط ماليتها والصحيح انها مال اه قال رحمه الله ﴿والطلاء وهو العصير ان طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه﴾ وهذا النوع الثانى قال فى المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب وانما سمى طلاء لقول عمر ما أشبه هذا بطلاء البعير وهو النفط الذى يطلى به البعير اذا كان أجرب ونجاسته قيل مغلظة وقيل مخففة وهو ظاهر الرواية وان طبخ حتى ذهب أكثر من نصفه فحكمه حكم الباذق والمنصف فى ظاهر الرواية وفى الظهيرية ويجوز بيع الباذق والمنصف المسكر ونقيع الزبيب ويضمن متلفهم فى قول الامام خلافا لهما والفتوى على قولهما اه وفى الينابيع الطلاء ما طبخ من عصير العنب فى نار أو شمس حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وهو عصير محض فان كان فيه شىء من الماء حتى ذهب ثلثاه بقى المجموع ٧ من الماء

والعصير اه وفى الهداية ويسمى الطلاء الباذق أيضا سواء كان الذاهب قليلاً أو كثيرا والمنصف ماذهب نصفه وبقى نصفه وكل ذلك حرام اه وعندنا اذا غلا واشتد بالزبد واذا اشتد ولم يقذف بالزبد فهو على الخلاف بين الامام وصاحبيه كما تقدم قال رحمه الله ﴿والسكر وهو النيء من ماء الرطب﴾ وهذا هو النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح اذا سكنت وانما يحرم اذا قذفت بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبد الله هو حلال واذا قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يكون بالمحرم ولنا ماروينا والآية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة وقيل أريد بها التوبيخ ومعناها والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا والثانى الفضيخ وهو النيء من البسر المذنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد فانه اسم مشتق من الفضخ وهو الكسر يقال انفضخ سنام البعير أى انكسر من الحل فلما كان البسر ينكسر لاستخراج الماء منه سمى الماء المستخرج بعد الفضخ كذا فى المحيط قال رحمه الله ﴿ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب﴾ وهو الرابع من الاشربة المحرمة اذا اشتد لما قدمنا ثم حرمة هذه الاشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها ونجاستها خفيفة ويضمن متلفها عند الامام على ما بينا فى الغصب وعن أبى يوسف يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف ولقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد استدللنا على حرمته باجماع الصحابة وقد تقرر أن الاجماع دليل قطعى فيكفر مستحلها فكيف قلتم لا يكفر مستحلها ويجاب بانه قد يكون نقل الاجماع بطريق الآحاد فلا يفيد القطع والمنقول فى حرمة السكر من هذا القبيل وفى المحيط ونقيع الزبيب نوعان وهو ان ينقع الزبيب فى الماء حتى خرجت حلاوته الى الماء ثم اشتد وغلا وقذف بالزبد والثانى وهو النيء من ماء العنب اذا طبخ أدنى طبخة وغلا واشتد وفى الخانية نقيع الزبيب مادام حلوا يحل شربه وان غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم قليله وكثيره وهو قول محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وفى السراجية واذا أراد الرجل يشرب النبيذ أو يشرب السكر فاول قدح منه حرام والنفوذ حرام والمشى اليه حرام قال رحمه الله ﴿والكل حرام اذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر﴾ وقد بينا أحكامها فيما تقدم قال رحمه الله ﴿والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ أدنى طبخة وان اشتد اذا شرب مالا يسكر بلا لهو وطرب﴾ يعنى هذان وهذا المعنى مارواه مسلم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التمر والزبيب ان يخلط بينهما فى الانتباذ الحديث الى ان قال من شربه منكم فليشربه زبيبا أو تمرا فردا أو بسرا فردا وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام بالاجماع قال رحمه الله ﴿والخليطان﴾ وهو أن يجمع بين التمر والزبيب فى الماء ويشرب ذلك وهو حلو يعنى حلالا لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كنا ننتبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم القبضة من التمر والقبضة من الزبيب ثم نصب عليه الماء فننبذه غدوة فيشربه عشية وعشية فيشربه غدوة قال رحمه الله ﴿ونبيذ العسل والتين والبر والشعير﴾ يعنى هو حلال لقوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعنى العنب والنخل ولا يشترط فيه الطبخ لان قليله لا يفضى الى كثيره كيفما كان قال رحمه الله ﴿والمثلث﴾ وهذا هو الرابع وهو ماطبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه والقول بالحل فى هذه الاربعة قول الامام والثانى وقال محمد كل مايسكر كثيره قليله حرام لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه مسلم فعلى قولهما لا يحد شاربه واذا سكر منه وطلق لا يقع طلاقه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج وابن الرماك وعلى قول محمد لكثرة الفساد فيحد الشارب اذا سكر من هذه الانبذة المذكورة والمتخذ من ابن الرماك لا يحل شربه وفى الهداية الاصح انه يحد على قولهما اذا سكر فى هذه الانبذة المذكورة اعتبارا للخمر وفى المجتبى على قول محمد اذا شرب من هذه الاشربة ولم يسكر يعزر تعزيرا شديدا اه المثلث اذا صب عليه الماء وطبخ فحكمه حكم المثلث لان صب الماء فيه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما ولا يدرى أيهما ذهب أكثر فيحتمل الذاهب من العصير أقل من ثلثه ولو طبخ العنب قبل العصير اكتفى بأدنى طبخه فى رواية عن الامام وفى رواية لا يحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه من غير تعصير فصار كما لو طبخ فيه بعد العصير ولو جمع بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر والزبيب وان كان يكتفى فيه بأدنى طبخه فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا للحرمة وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر أو نقيع الزبيب أدنى طبخة ثم نقع فيه تمرا أو زبيبا

ان

ان كان ماتقع فيه شيأ مايسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فلا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب فى المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد فى شربه لان التحريم للاحتياط والاحتياط فى الحد فى درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ وفى الظهيرية الفضيخ الشراب المتخذ من التمر فاذا أفضخ التمر وقذف ثم ينقع فى الماء حتى تخرج حلاوته ثم يترك حتى يشتد فاذا اشتد حرم وفى التهذيب عن الثانى والثالث البسر المذنب اذا طبخ أدنى طبخة فاذا حلى يحل شربه بلا خلاف فاذا اشتد فحكمه كالمثلث وفى الجامع السكران الذى يحد هو الذى لا يعقل مطلقا قليلا كان أو كثيرا ولا يعرف الرجل من المرأة ولا الارض من السماء عند الامام وفى شربه الاصل اذا ذهب عقله وكان فى كلامه مخبطا يعتبر الغالب وان كان النصف مستقيما والنصف غير مستقيم لا يقام عليه الحد وفى القدورى اذا غلب عليه الماء حتى زال طعمها وريحها فلا حد فى شربها وفيه أيضا عن الثانى اذا بل فى الخمر خبزا فأكل الخبز اذا كان الطعم يوجد حد وان كان لا يرى أثرها فى الخبز لا واذا شرب الخمر لضرورة مخافة العطش فشرب مقدار ما يرويه فسكر فلا حد وان ادعى الاكراه لم يصدق لان الاكراه لا يتحقق الا بالبينة اهـ تصرفات السكران كلها نافذة الا الردة والاقرار بالحدود الخالصة اهـ قال رحمه الله ﴿وحل الانتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت والنقير﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن الاشربة فى ظروف الا فاشربوا فى كل وعاء غير انكم لا تشربوا مسكرا رواه مسلم وأحمد وغيرهما ولان الظرف لا يحل حراما ولا يحرم حلالا والدباء هو القرع والنقير هو أصل النخلة ينقر نقرا وينسج نسجا والمزفت وهو النقير والحنتم الجرار الخضر وقيل الحنتم الجرار الحمر ثم ان انتبذ فى هذه الاوعية قبل استعمالها فى الخمر فلا اشكال فى حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر ان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاث مرات وان كان جديدا لا يطهر عند محمد وعند أبى يوسف يغسل ثلاثا ويجفف فى كل مرة بعد مرة أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا أو طعما أو ريحا حكم بطهارته اهـ قال رحمه الله ﴿وخل الخمر سواء خللت أو تخللت﴾ يعنى خل الخمر فلا فرق فى ذلك بين أن يتخلل بنفسه أو يخلل بالقاء شئ فيه كالملح أو الخل أو النقل من الظل الى الشمس أو بايقاد النار بالقرب منها خلافا للشافعى اذا خللت بالقاء شئ فيها كالملح ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادم الخل مطلقا فيتناول جميع صورها ولان بالتخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة الصلاح كالذبائح فالتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا ثم فعل ذلك غير حكمه من الحرمة الى الحل ومن النجاسة الى الطهارة ألا ترى ان ظرفها كان طاهرا تنجس بها فاذا طهر بالتخليل طهر جميع أجزائه وأجزاء انائه هو الصحيح وقيل لا يطهر لانه تنجس بمائية الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى على ما كان ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال وفى المحيط ولو كان الخل فيه حموضة غالبة وطعم المرارة فانه لا يحل ما لم تزل من كل وجه وعندهما يحل واعتبر الغالب منهما ولو صب فى المرقة خمر فطبخ لم يحل لانه تنجس قبل الطبخ فلا يحل بالطبخ ولا يحد شاربه لانه شرب المرق النجس ولو عجن الدقيق بالخمر صار نجسا قال رحمه الله ﴿وكره شرب دردى الخمر والامتشاط به﴾ لان فيه أجزاء الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا ولا ان يسقى ذميا ولا صبيا والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيه الدواب وقيل لا يحمل الخمر الى من يفسدها ويصيرها خلا ويحمل ما يفسدها الى الخمر كما لا يحمل الميتة الى الكلب وكذا الدردى فى الخل فلا بأس به لانه يصير خلا لكنه يباح حمل الخمر اليه لا عكسه قال رحمه الله ﴿ولا يحد شاربه الا اذا سكر﴾ يعنى لا يحد شارب دردى الخمر الا اذا سكر وقال الشافعى يحد شاربه سكر أو لم يسكر لان الحد يجب فى الخمر بشرب قطرة وفى الدردى قطرات قلنا وجوب الحد للزجر فيما ترغب النفس فيه وتميل اليه والنفس لا ترغب فى شرب الدردى ولا تميل اليه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة فلا يحد ما لم يسكر ودردى الخمر هو التفل ويكره الاحتقان بالخمر واقطاره فى الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم وتقدم الكلام فيما اذا أخبر به طبيب حاذق وفى المحيط ولو سقى شاة خمرا لا يكره لحمها ولبنها لان الخمر وان كانت باقية فى معدتها فلم تختلط بلحمها وان استحالت الخمر لحما فيجوز كما لو استحالت خلا الا اذا سقاها كثيرا بحيث يؤثر فى رائحتها الخمر فانه يكره لحمها

﴿فصل﴾ فى طبخ العصير الاصل فيه ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتد به حتى يذهب ثلثاه فيحل الثلث الباقى بعده ولو صب فيه الماء قبل الطبخ ثم طبخ بماء ينظر ان كان الماء أسرع ذهابا للطافته ورقته يعتبر ذهاب ثلثيه بعد الماء الذى صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقى من العصير وان كانا يذهبان معا فيطبخ حتى يذهب ثلثا الجميع بعد ذهاب الزبد فيحل

الثلث الباقي لذهاب الثلثين و بقاء الثلث ماء وعصيرا ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلث ثم أهرق الثلثين و بقي الثلث ماء وعصيرا
٧ ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلث ثم أهرق بعضه لا يحل الباقي حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وطريق معرفته ان يؤخذ ثلث الجميع فيضرب به في الباقي ثم يقسم الخارج على ما بقي بعد ذهاب ما نقص منه بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما أصاب الواحد بالقسمة فذاك القدر هو الحلال و يطبخ الباقي الى أن يبقى قدره فيحل مثاله اثنا عشر رطلا من العصير طبخ حتى ذهب أربعة أرطال ثم أهرق رطلين يؤخذ ثلث العصير كله وهو أربعة فيضرب فيما بقي بعد الانصباب وهو ستة فيصير أربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل ان يهراق منه وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منهم ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى ان يبقى قدره فيحل وان شئت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما بقي بعد الانصباب فما أصاب المنصب يجعل مع المنصب كأنه لم يكن وكان جميع العصير هو الباقي وما أصابه من الذاهب بالطبخ فقد ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب الى تمام الثلثين وان شئت قلت ان الباقي بعد الطبخ قبل الانصباب بعضه حلال وهو قدر ثلث المجموع فاذا أهريق بعضه أهريق من الحلال بحسابه فيطبخ الباقي حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال وفي المحيط عن أبي يوسف طبخ ثم ألقى فيه تمرا فغلى قال ما ألقي فيه لو نبذه على حدة كان منه نبيذ فلا خير فيه لان هذا مطبوخ و يعتبر وان كان يسيرا لا ينتبذ منه لا يعتد به لانه لا يجد فيه الشارب لانفراده ولو صب قدح في خابية مطبوخ أفسده وعن الامام اذا وضع في الشمس حتى ذهب ثلثاه و بقي ثلثه فلا باس به فهو بمنزلة طبخه بالنار وكذا اذا ملأ الخابية بالخردل وخلط فيها العصير ومضى على ذلك مدة ولم يشتد ولم يسكر فلا باس به في قول أصحابنا ولو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثه وتركه حتى برد ثم أعاد الطبخ حتى ذهب نصف ما بقي فاذا أعاد الطبخ قبل ان يغلي وتغير عن حالة العصير فلا باس به لان الطبخ وجد قبل ثبوت الحرمة بالغليان والشدة وان عاد بعد ان غلى وتغير فلا خير فيه لان طبخه وجد بعد ثبوت الحرمة فلا ينتفع به اهـ

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال في العناية مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتبارا بالاحتراز عنها اهـ قال في المحيط يحتاج الى معرفة اباحة الصيد وتفسيره لغة وشرعا وركنه وشرط اباحته ودليلها وحكم مشروعيته أما دليل الاباحة من الكتاب قوله تعالى أحل لكم صيد البحر واذا حللتم فاصطادوا وأما تفسيره لغة فالصيد هو الاصطياد و يطلق على ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو المتوحش الممتنع باصل الخلقة عن الآدمي ما كولا كان أو غير ما كول والذي يظهر انه عند الفقهاء الارسال بشروطه لاخذ ما هو مباح من الحيوان المتوحش الممتنع عن الآدمي باصل خلقته وأما ركنه فهو على الاخذ بشروطه وأما شرطه المتعلق بالصيد فكون الصيد غير آمن بالاحرام والحرم وغير مملوك وأما حكمه فصيرورة المأخوذ ملكا للآخذ قال رحمه الله ﴿هو الاصطياد﴾ قال الشارح أي الصيد هو الاصطياد في اللغة اهـ ولا يخفى ان هذا لا يناسب أن يذكر في المتون فلا ينبغي أن يذكر هنا قال رحمه الله ﴿و يحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة﴾ يعني يحل الاصطياد بهذه الاشياء و بغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته فتذكيه قال في العناية وانما أورد هذه الرواية لان رواية القدوري تدل على الاثبات والنفي جميعا اهـ واعترض بانهم قد صرحوا في النهاية وغيرها بان تخصيص الشيء بالذكر في الرواية يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري تدل على اثبات الصيد بما ذكرنا ونفي جوازه بما سواه فلم يتم ما ذكره والاصل فيه قوله تعالى أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح والجوارح الكواسب والجرح الكسب وقيل هي أن تكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة ومعنى مكلبين معلمين الاصطياد ولانه اجتمع في الحيوان الصائد ما يوجب أن يكون آلة للذبح وهو كونه جارحا قاطعا بطبعه غير عاقل كالسكين وما يمنع أن يكون آلة للذبح وهو كونه مختارا في فعله كالآدمي والشرع جعل التعليم فيه بترك الاكل فيجري على موجب اختيار صاحبه فيعمل له لا لنفسه فيصير آلة محضة لصاحبه كالسكين واسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد واستثنى الثاني من الجواز اصطياد السبع والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته كذا في الهداية وذكر في النهاية الذئب بدل الدب ولان التعلم يعرف بترك الاكل وهما لا يأكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل على التعليم حتى لو تصور التعليم منهما وعرف ذلك جاز ذكره في النهاية وألحق بعضهم

الحدأة بهما الخساستها والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس العين وفى المحيط قالوا لا يجوز الاصطياد بالاسد والذئب لان الاسد لا يعمل لغيره وانما يعمل لنفسه والذئب مثله أيضا قال فى الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة فى الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال ولا يشاركه فى الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عمدا ولا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة فى الكلب منها أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه فى الاخذ من لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخمسة فى الصيد منها أن لا يكون متقويا بأنيابه أو بمخلبه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجناحه أو مخلبه وأن يموت بهذا قبل أن يصل الى ذبحه اهـ وذكر صاحب النهاية والعناية وغاية البيان نقلا عن الخلاصة واعترض بان قوله وأن يموت قبل أن يصل الى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحا وأجيب بان لا استدراك لان الشرط الذى أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا والشرط الذى أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل الى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل الى ذبحه فحينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال قال صاحب العناية فيما نقله صاحب الخلاصة تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غيره على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل غيره لكن أدركه حيا فذبحه وكذا لو لم يمت بهذا لكن ذبحه فانه صيد وهو حلال اهـ وأجيب بأن هذه الشروط فى الصيد المحض وهو الذى لم يدركه حيا أما الذى أدركه فذكاه بالذكاة الاختيارية فليس صيدا محضا بل يلحق به اهـ والمراد بقول صاحب العناية شرط الاصطياد أى حال الاصطياد وفى التعبير بما يدل على ظهور المراد لا يبالى بمثله قال رحمه الله ﴿ولا بد من التعليم﴾ لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن ولقوله عليه الصلاة والسلام لابى ثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فادركت ذكاته فكل رواه البخارى ومسلم وأحمد ولذا لا بد أن يكون المرسل أهلا للذكاة بان يكون مسلما أو كتابيا و يعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا فى الذبائح قال رحمه الله ﴿وذا بترك الاكل ثلاثا فى الكلب وبالرجوع اذا دعوته فى البازى﴾ أى التعليم فى الكلب يكون بترك الاكل ثلاث مرات وفى البازى فى الرجوع اذا دعى روى ذلك عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ولان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الاكل و بدن البازى لا يحتمل الضرب فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفى بغيره مما يدل على التعليم ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة وعادة البازى التوحش والاستنفاد وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لائتلافه بالناس فاذا ترك كل واحد منهما مألوفه دل على تعليمه وانتهاء علمه وهذا الفرق لا يتأتى الا فى الكلب خاصة لانه هو الالوف دون غيره من ذوات الانياب فانها ليست بألوفة والفرق الاول يتأتى فى الكل لان بدن كل ذى ناب يحتمل الضرب فأمكن تعليمه بالضرب الى أن يترك الاكل قال صاحب النهاية وهذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا فى المبسوط وأجيب بان الكلب فى اللغة يقع على كل سبع وليس المراد مما ذكره المؤلف الكلب المعهود بل الكلب بالمعنى اللغوى فلهذا استووا فيما يقع به التعليم وانما شرط ترك الاكل ثلاث مرات وهو قولهما ورواية عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لان علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان هو مدة ضربت لذلك كما فى قصة السيد موسى وكما فى شرط الخيار وكذا قال صلى الله عليه وسلم اذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع وعن الامام أنه لم يثبت التعليم ما لم يغلب على ظنه انه قد تعلم ولا يقدر بشئ لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص هنا فيفوّض الى رأى المبتلى كما هو عادته ثم اذا ترك الاكل ثلاثا لا يحل الاوّل ولا الثانى على قول من قال بالثلاث وكذا الثالث عندهما لانه لا يصير معلما الا بعد تمام الثلاث وقبله غير معلم قال رحمه الله ﴿ولا بد من التسمية عند الارسال ومن الجرح فى أى موضع كان من أعضائه﴾ أما التسمية لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولقوله صلى الله عليه وسلم فاذا ذكرت الله تعالى عليه وجرح فكل وأطلق فى قوله ولا بد من التسمية فشمل ما اذا كان المرمى اليه يحتاج الى التسمية أولا كالسمك وقد شرط فى الاول دون الثانى حتى لو رمى الى السمك وترك التسمية عمدا فأصاب يحل أكله فلو قال فى صيد البر لكان أولى وسيأتى عن قاضيخان ولا بد أن يكون المسمى يعقل التسمية فلا يؤكل صيد صبى ومجنون اذا كانا لا يعقلان التسمية أما اذا كانا يعقلانها أكل ويؤكل صيد الاخرس والكتابى لان الملة تكفى عن التلفظ عند العجز ولو سمى النصرانى باسم المسيح لم يؤكل والصابئة ان أقروا بكتاب ونبى يؤكل صيدهم والا فلا وظاهر عبارة المؤلف الاكتفاء بالجرح سالما أولا لكن قال فى المحيط ان جرحه

ولم يدمه اختلفوا فيه قيل لا يحل وقيل يحل وقيل ان كانت الجراحة صغيرة لا يحل اذا لم يدم وان كانت كبيرة يحل وأما الجرح فالمذكور هذا ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يشترط رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم مطلقا من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه وكذا ما روينا من حديث عدي وثعلبة يدل على ذلك لانه مطلق فيجري على اطلاقه والالزم نسخه بالرأي وهو لا يجوز وجه الظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح وهو يشير الى ما قلنا ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة ولا يختلف عنه الا نادرا فاقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم ولانه اذا لم يجرحه صار موقوذة وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق وكذا ما روي فحملناه على المقيد لاتحاد الواقعة وانما لم يحمل المطلق على المقيد فيما اذا اختلفت الحوادث أو كان التقييد والاطلاق من جهة السبب وأما اذا كان من جهة الحكم والحادثة واحدة فيحمل عليه ولو سمى حالة الارسال فقتل الكل حلت ولو قتل الكل واحدا بعد واحد حل بخلاف ما اذا ذبح شاتين بتسمية فانه لا يحل والفرق أن الحل في باب الصيد يحصل بالارسال فتشترط التسمية وقت الارسال والارسال وجد وقت تسمية واحدة كما لو رمى سهما الى صيد فنفذ وأصاب صيدا آخر بخلاف ما لو ذبح شاة أخرى لان الثانية صارت مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى ولو أضجع شاتين وذبحهما بتسمية واحدة حلا قال رحمه الله ﴿فان أكل منه البازي أكل وان أكل منه الكلب أو الفهد لا﴾ وقال مالك والشافعي في القديم يؤكل وان أكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمر أن أبا ثعلبة قال يا رسول الله ان لي كلابا مكلبة فأفتني في صيدها فقال ان كانت لك كلاب مكلبة فكل مما أمسكت عليك الحديث الى أن قال للنبي صلى الله عليه وسلم وان أكل منه قال عليه الصلاة والسلام وان أكل منه وفعل الكلب انما صار ذكاة لعلمه وبالاكل لا يعود جاهلا فصار كالبازي ولنا ما روينا من حديث عمر بن عدي وقوله تعالى وما أكل السبع الا ما ذكيتم وقوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى فكل مما أمسكن عليك الا أن يأكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه رواه البخاري ومسلم وعن ابن عباس أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم فاكل من الصيد فلا تأكل فانما أمسكه على نفسه واذا أرسلته فقتل ولم يأكل فكل فانما أمسك على صاحبه رواه أحمد وما رويا غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالمحرم أولى على ما عرف في موضعه والفرق بين البازي والكلب قد بيناه ولو صاد الكلب صيودا ولم يأكل منها شيأ ثم أكل من صيد بعد ذلك لا يؤكل من الذي أكل منه لأن أكله علامة جهله ولا مما يصيده بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منه لا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة بالاتفاق وما هو محرز في البيت يحرم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحرم لان الاكل لا يدل على جهله لان الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فيأكل مع علمه ولأن ما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لان المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيدية فيه من وجه لعدم الاحتراز فيحرم احتياطا ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن أكله آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فبالأكل تبين أن تركه الاكل كان بسبب الشبع لا للتعلم وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولان علمه لا يثبت الا ظاهرا فبقي جهله موهوما والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق احتياطا ما أمكن والامكان في حق القائم جميعا دون الفائت وقال بعض المشايخ انما تحرم تلك الصيود عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا كان العهد قريبا أما اذا تطاول العهد بان أتى عليه شهر أو أكثر وصاحبه قد قدر تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود في قولهم جميعا لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم أنه لم يكن معلما في الماضي من الزمان وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر أنه لم يكن معلما حين اصطياد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح أن الخلاف في الفصلين ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فأرسله فصاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به معلما فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد فيبقى حكمه كحكم الكلب فيما ذكرنا ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيأ أكل لانه ممسك عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ الصائد الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة وألقاها اليه فأكلها يؤكل ما بقي لانه أمسك على صاحبه وسلمه اليه وأكله بعد ذلك مما ألقى اليه صاحبه لا يضره لانه لم يأكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما اذا ألقى اليه طعاما آخر وكذا اذا خطف

الـكلب منه وأكله لانه لم يأكل من الصيد اذ لم يبق صيدا في هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما اذا افترس شاة بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لبقاء جهة الصيدية وسيأتي الفرق فيه ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاصطياد فتبين بهذا انه جاهل ممسك على نفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حالة الاصطياد ليضعفه بالقطع منه ليتمكن منه فان أكلها قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني وفي الهداية لو أخذ المرسل الصيد ووثب الكلب على الصيد فأخذ من الصيد وأكل يؤكل الصيد لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد قال في النهاية وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا أكل منه بعد ما قتله فانه يحرم لان الصيد كما خرج من الصيدية باذن صاحبه جاز أن يخرج عن الصيدية بقتله وأجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه صاحبه دل على انه ممسك على صاحبه وانتهاشه منه لا يدل على جهله وأما اذا أكل بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه دل على انه ممسك على نفسه فدل على جهله فلهذا حرم واعترض أيضا بان عبارة المؤلف شاملة للصورتين فيما اذا وجد افتراقه في الحكم وأجيب بما تقدم وفي المحيط وان قتله فأخذه صاحبه ثم وثب عليه فانهش منه قطعة أو رمى صاحبه بها اليه يؤكل الصيد ولو أكل قبل أن يأخذه صاحبه يكره أكله اه ثم الارسال على أقسام الاول يجب أن يكون الارسال على صيد ولو أرسل على ما ليس بصيد من الابل والبقر والغنم والاهل فأصاب صيدا لا يحل أكله لان الارسال على ما ليس بصيد لا يكون ذكاة شرعا ولو سمع حسا وظنه صيدا فأرسل كلبه فأصاب صيدا ثم تبين ان المسموع حس آدمي أو ما ليس بصيد لم يؤكل وكذا لو سمع حسا ولم يعلم انه حس صيد أو غيره ولو ظنه حس صيد غير مأكول أو مأكولا فأصاب صيدا آخر يحل أكله فلو أرسل كلبه على صيد بعينه وهو غير مأكول فأصاب غيره يحل أكله لان تعيين الصيد غير معتبر في الارسال ولو سمع حسا فظن انه حس آدمي فأرسل كلبه فاذا هو صيد يحل أكله لان تعيين الصيد غير معتبر وفي المنتقى ولو رمى ظبيا أو طيرا فأصاب غيره وذهب المرمى اليه ولم يعلم انه متوحش أو مستأنس أكل الصيد لان الاصل في الصيد التوحش فتمسكوا بالاصل وقال محمد لو ظن حين رآه انه صيد ثم تحول رأيه انه ليس بصيد يحل الصيد لان الاول عندنا صيد بحكم الاصل حتى يعلم انه غير صيد ولو رمى الى بعير ناد أو غير ناد لم يؤكل حتى يعلم انه ناد لان الاصل في البعير الالفة والاستئناس ولو رمى الى ظبي مربوط وظن انه صيد فأصاب ظبيا آخر لم يؤكل وكذا لو أرسل كلبه على صيد موثق في يده فصادف غيره لم يؤكل ولو أرسل فهدا على فيل وأصاب ظبيا لم يؤكل ولو رمى سمكا أو جرادا فأصاب صيدا فعن أبي يوسف في رواية لا يؤكل لان السمك والجراد لا تقع عليه الذكاة وفي رواية يؤكل لان المرمى اليه صيد والقسم الثاني أن يكون فور الارسال باقيا كما سيأتي ومن شرائط الارسال أن لا يوجد بعد الارسال بول ولا أكل فان وجد وطال قطع الارسال حتى لو قتله لا يحل أكله وفي الروضة ولو حبس الكلب على صدر الصيد طويلا ثم أمر به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل لانه انقطع فور الارسال وفي الغياثية ولو أرسل كلبين فأخذ أحدهما وقتله الآخر يحل أكله والقسم الثالث أن يلحقه المرسل أو من يقوم مقامه قبل انقطاع الكلب كما سيأتي قال رحمه الله ﴿وان أدركه حيا ذكاه﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى عليه فان أمسك عليك وأدركته حيا فاذبحه رواه البخاري ومسلم ولانه قدر على هذا الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الحل والباز والسهم في هذا كالكلب وفي المحيط فاذا أدركه حيا لم يحل الا بالذبح قدر على الذكاة أو لم يقدر لفقد الآلة وضيق الوقت بان كان في آخر الرمق وعن أبي حنيفة وأبي يوسف اذا لم يقدر على التمكن كما ذكرنا يحل وهو اختيار لبعض المشايخ لانه اذا لم يتمكن لم يقدر على الاصل وذكر الكرخي في مختصره لو أدركه ولم يأخذه فان كان في وقت أمكنه ذبحه لم يؤكل وان كان لا يمكنه ذبحه بعد أخذه أكل لان اليد لم تثبت على الذبح والتمكن من الذبح لم يوجد والله أعلم وسيأتي بيانه قال رحمه الله ﴿وان لم يذكه حتى مات أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم﴾ أما اذا لم يذكه فلانه لما أدركه حيا صارت ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا وبينا من المعنى فبتركه يصير ميتة وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون في المذبوح بان يقد بطنه ونحو ذلك ولم يبق الا مضطرب باضطراب المذبوح

حلالا لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتا حكما ألا ترى انه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع بعد موته لان موته لا يضاف اليه والميت ليس محلا للذكاة وذكر الصدر الشهيد ان هذا بالاجماع وقيل هذا قولهما وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل الا اذا ذكاه بناء على ان الحياة الخفية معتبرة عنده وعندهما غير معتبرة حتى حلت المتردية والنطيحة والموقوذة ونحوها بالذكاة اذا كان فيها حياة وان كانت خفية عنده وعندهما لا تحل الا اذا كانت حياتها بينة وذلك بان تبقى فوق ما يبقى المذبوح عند محمد وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى ان تكون بحال يعيش مثلها فيكون موتها مضافا الى الذكاة والسهم مثله وان كان فيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح فكذلك فى رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لانه لم يقدر على الاصل فصار كالمتيمم اذا رأى الماء ولم يقدر على استعماله ولا يؤكل فى ظاهر الرواية لانه قادر حكما لثبوت يده عليه وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار الذبح بعينه حقيقة لان الناس يختلفون فيه على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح ولا يمكن ضبطه فادير الحكم على ثبوت اليد لانه هو المشاهد المعاين فلا يحل الا كل الا بالذكاة سواء كانت حياته خفية أو بينة لجرح المعلم أو غيره من السباع وعليه الفتوى لقوله تعالى وما أكل السبع الا ماذكيتم استثناه مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حى مطلقا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام لعدى فاذا أمسك عليك فادركته حيا فاذبحه مطلق فيتناول كل حى مطلقا والحديث صحيح رواه البخارى ومسلم وأحمد وفصل الشافعى رحمه الله تعالى تفصيلا آخر غير ماذكرنا فقال ان لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير من جهته وان كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير والحجة عليه ماتلونا وماروينا وأما اذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بيناه عند قوله لا بد من التعليم والتسمية والجرح وذكرنا اختلاف الرواية والكسر كالخنق حتى لا يعتد به لانه لا يفضى الى خروج الدم وأما اذا شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه عمدا فلما روينا عن عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه انه قال قلت يارسول الله انى أرسل كلبى فاسمى قال اذا أرسلت كلبك وسميت فاخذ فقتل فكل فان أكل منه فلا تأكل فانما امسك على نفسه قلت انى أرسل كلبى فاجد معه كلبا آخر غيره لا أدرى أيهما أخذ فقال لا تأكل فانما سميت على كلبك فان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل لانك لا تدرى أيهما قتل رواهما البخارى ومسلم وأحمد رحمهم الله تعالى وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعى فى قوله القديم لانه لا يحرم باكل الكلب الصيد وعلى الشافعى فى متروك التسمية عمدا أيضا ولانه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب فيه جهة الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وان الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط فى الترك ولو رده عليه الكلب ولم يجرحه معه ومات بجرحه الاول يكره أكله لوجود المعاونة فى الاخذ وفقدها فى الجرح ثم قيل الكراهة كراهة تنزيه لان الاول لما انفرد بالجرح والاخذ غلب جانب الحل فصار حلالا وأوجب اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة وقيل كراهة تحريم وهو اختيار الحلوانى لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما اذا رده عليه المجوسى نفسه حيث لا يحرم ولا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلم تتحقق المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثانى عليه لكن اشتد على الاول فاشتد الاول على الصيد بسببه فاخذه فقتله فلا بأس باكله لان فعل الثانى أثر فى الكلب الاول حتى ازداد طلبا ولم يؤثر فى الصيد فكان تبعا لفعله لانه بناه عليه فلا يضاف الحكم الى التبع بخلاف ما اذا رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما ولو رده سبع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز ان يعلم فيصاد به فهو كالو رده عليه الكلب فيما ذكرنا لوجود المجانسة فى الفعل بخلاف ما اذا رده عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر والبازى فى ذلك كالكلب فى جميع ماذكرنا من الاحكام وفى الفتاوى العتابية حلال رمى صيدا فاصابه فى الحل ومات فى الحرم أو رماه فى الحرم وأصابه فى الحل ومات فى الحل لا يحل وعليه الجزاء فى الوجه الثانى دون الاول وكذا اذا أرسل كلبه فى الحرم وقتله خارج الحرم لا يحل وعليه الجزاء وفى الذخيرة يجب ان يعلم من رمى سهما الى صيد أن العبرة فى حق الملك لوقت الاصابة وفى حق الاكل لوقت الرمى هذا هو المذكور فى عامة الكتب ولهذا قلنا المسلم اذا رمى سهما الى صيد ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم أصابه السهم حل تناوله والمرتد اذا رمى الى صيد ثم أسلم ثم أصابه لا يحل تناوله قال رحمه الله ﴿وان أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر حل ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر حرم﴾ والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار تحصيل زيادة الطلب للصيد كذا فى الهداية وأطلق فى قوله فزجره مجوسى الى آخره فشمل ما اذا زجره فى حال طلبه أو بعد وقوفه فانزجر والمراد الاول

وذكر

وذكر شمس الائمة فى شرح كتاب الصيد فيما اذا أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسى انما يحل اذا زجره المجوسى فى ذهابه أما اذا وقف الكلب عن سنن الارسال ثم زجره مجوسى بعد ذلك فانزجر لا يؤكل والفرق ان ارسال المسلم قد صح وصيحة المجوسى لا تفسده لانه تقوية للارسال وتحريض للكلب وليس بابتداء ارسال منه فلا ينقطع الارسال بالزجر فبقى صحيحا فاما الارسال من المجوسى فانه وقع فاسدا فلا ينقلب صحيحا بالزجر وكذا اذا أرسل وترك التسمية عمدا فزجره مسلم وسمى لم يحل ولو وجدت التسمية من المرسل فزجره من لم يسم حل وكذا المسلم اذا ذبح فامر المجوسى السكين بعد الذبح لم يحرم ولو ذبح المجوسى وأمر المسلم بعده لم يحل لما ذكرنا ان أصل الفعل متى وقع صحيحا لا ينقلب فاسدا ومتى وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا وكذا محرم دل حلالا على الصيد فقتله يحل له نص عليه فى الزيادات لان ذبحه حصل بفعل الحلال لا بدلالة المحرم ونص فى المنتقى عن أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أنه لا يحل لحديث قتادة حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل أعنتم هل أشرتم فقالوا لا فقال اذن فكلوا علق الاباحة بعدم الاعانة وفى الدلالة نوع اعانة ولو أرسل مسلم كلبه فرد عليه الصيد كلب غير معلم أو معلم لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه وأخذه الاول وقتله لم يؤكل وقدمنا ما فيه من الخلاف ولو لم يرد عليه ولكن اشتد عليه بان كان يتبع أثر المرسل حتى قتله الاول حل أكله لان فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل لا فى الصيد فصار فعله تبعا لفعل المرسل فانضاف الاخذ الى المرسل لا الى المحرض والمشتد بخلاف ما اورده عليه لان فعله أثر فى الصيد لا فى الكلب فصار الاخذ مضافا اليهما مجوسى أرسل ثم أسلم فاصطاد كلبه لم يؤكل وكذلك لو زجره بعد الاسلام فانزجر لزجره ولو كان مسلما حالة الارسال فصار مرتدا حالة الاخذ يحل لان المعتبر وقت الارسال والرمى لا حالة الاخذ لان الارسال والرمى فعل الذكاة بمنزلة الذبح فيعتبر اسلامه وتمجسه وردته عند الذبح لا عند زهوق الروح فكذا هنا يعتبر اسلامه وكفره وقت الارسال والرمى لا بعده وفى النوادر ولو ضرب الكلب الصيد فرقده ثم ضربه ثانية فقتله أكل وكذا لو أرسل كلبين فضربه أحدهما فرقده ثم ضربه الآخر فقتله أكل وكذا لو أرسل رجلان كل واحد كلبه فرقده أحدهما وقتله الآخر فانه يؤكل والصيد لصاحب الاول لان جرح الكلب بعد الجرح فصار كان القتل حصل بفعل واحد الا أن الاول لما أخرجه من أن يكون صيدا صار ملكا لصاحبه فلا يزيل ملكه الثانى وفى الاصل ومن شرائط الارسال أن لا يكون المرسل محرما وان لا يموت فى الحرم حتى لا يجوز أكل صيد الحرم ولا ما اصطاده الحلال فى الحرم وذكر زجر المجوسى ليفيد زجر المحرم لانه أولى قال فى الذخيرة الحلال اذا أرسل كلبه على الصيد فزجره المحرم فانزجر حل أكله وفى السراجية ان على المحرم الجزاء والله أعلم قال رحمه الله ﴿وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل﴾ وهذا استحسان والقياس ان لا يحل لان الارسال جعل ذكاة عند الاضطرار للضرورة فاذا لم يوجد الارسال انعدم الذكاة حقيقة وحكما ولا يحل والزجر بناء عليه ولا يعتبر على ما بينا ووجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال يجعل ارسالا لان انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل اذ ليس فى اعتباره ابطال السبب بخلاف الفصل الاول ولا يقال الزجر دون الانفلات لانه بناء عليه فلا يرتفع الانفلات فصار مثل الفصل الاول والجامع ان الزاجر فيهما بناء على الاول لانا نقول الزجر ان كان دون الانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من وجه آخر من حيث انه فعل المكلف واستويا فنسخ الانفلات لان آخر المثلين يصلح ناسخا للاول كما فى نسخ الاحكام بخلاف الفصل الاول لان الزجر لا ينافى الارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد منهما فعل المكلف والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه فلا يرتفع به والبازى كالكلب فيما ذكرنا ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فاخذ غيره وهو على سننه حل وقال مالك رحمه الله تعالى لا يحل لانه أخذه بغير ارسال اذ الارسال يختص بالمشار والتسمية وقعت عليه فلا تتحول الى غيره فصار كما لو أضجع شاة وسمى عليها وخلاها فذبح غيرها بتلك التسمية وقال ابن أبى ليلى يتعين الصيد بالتعيين مثل قول مالك حتى لا يحل غيره بذلك الارسال ولو أرسل من غير تعيين يحل ما أصابه خلافا لمالك وهذا بناء على ان التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط ولكن اذا عين يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين لان شرط ما يقدر عليه المكلف ان لا يكلف ما لا يقدر عليه والذى فى وسعه ايجاد الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه ان يعلم البازى والكلب على وجه لا يأخذ الا ما عينه له ولان التعيين غير مفيد فى حقه ولا فى الكلب فان الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذا فى حق الكلب لان قصده أخذ كل صيد تمكن من صيده بخلاف ما استشهد به مالك لان التعيين فى الشاة ممكن وكذا غرضه متعلق بمعين فتتعلق التسمية هنا بالضجع بالذبح وفيما نحن فيه بالآلة ومن أرسل فهدا فكمن حتى تمكن من

الصيد ثم أخذ الصيد فقتله لان ذلك عادة له يحتال لاخذه لا استراحته فلا ينقطع به فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعد ذلك منه فى الخصال الجيدة قال الحلوانى للفهد خصال جيدة فينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه منها أن يكمن للصيد حتى يتمكن منه وهكذا ينبغى للعاقل ان لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يتمكن منه فيحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الى فلا أذل وهكذا ينبغى للعاقل ان لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغى للعاقل ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها ان لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغى للعاقل ان لا يتناول الا الطيب ومنها ان يثب ثلاثا أو خمسا فان لم يتمكن من أخذه تركه ويقول لا أقتل نفسى فيما أعمل لغيرى وهكذا ينبغى للعاقل وكذا الكلب اذا اعتاد الاختفاء لا ينقطع فور الارسال لما بينا فى الفهد وينقطع الارسال بمكثه طويلا اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما هو استراحة بخلاف ما تقدم ولو أرسل بازه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله يؤكل اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة طويلة للتمكن ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله انسان أولا لا يؤكل لوقوع الشك فى الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه ولكن ان كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله الا باذن صاحبه قال رحمه الله ﴿وان رمى وسمى وجرح أكل﴾ لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع فى بيان حكم الآلة الجمادية فتقديم الاول ظاهر يعنى اذا رمى بآلة جارحة وسمى الى صيد فاصابه وجرحه يؤكل اذا جرح لقوله صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع فى ماء فانه لا تدرى الماء قتله أو سهمك رواه البخارى ومسلم وأحمد رحمهم الله تعالى وشرط لما روى عن ابراهيم عن عدى بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رميت فسميت فخرقت فكل وان لم تخرق فلا تأكل من المعراض الا ما ذكيت ولا تأكل من البندقة الا ما ذكيت رواه أحمد ولا فرق فى ذلك بين ان يصيب المرمى بنفسه أو غيره من الصيد كما فى ارسال الكلب على ما بينا وفى اطلاق قوله فى المختصر فان رمى وسمى وجرح أكل اشارة اليه حيث لم يعين المرمى ولا المصاب حتى يدخل تحته ما اذا سمع حسا وظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا غير ما سمع حسه ثم تبين انه حس صيد يحل أكله سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولا أو غيره بعد ان كان المصاب مأكولا لانه وقع اصطيادا مع قصده ذلك وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى انه خص من ذلك الخنزير لغلظ حرمته ألا ترى انه لا تثبت الاباحة فى شئ منه بخلاف السباع لانه ٧ يورث فى جلده وزفر رحمه الله تعالى خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الاصطياد لا يفيد الاباحة فيه ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فيكون داخلا تحت قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فكان اصطياده مباحا واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبلها لحما أو جلدا وقد لا تثبت بالكلية اذا لم يقبلها المحل واذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس جراد وسمك ذكر فى النهاية معزيا الى المغنى ان المصاب لا يؤكل لان الذكاة لا تقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة وأورد على صاحب الهداية أنه حس صيد يحتاج فى حل أكله الى الذبح أو الجرح وقال صاحب الهداية فى آخر هذه المسئلة ولو رمى الى سمك أو جراد وأصاب صيدا يحل فى رواية عن أبى يوسف لانه صيد وفى رواية أخرى عنه انه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما فكان يمكنه ان يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل فلا يرد عليه ما أورده ولا يحتاج الى زيادة ذلك القيد الذى ذكره وفى فتاوى قاضيخان لو رمى الى جراد أو سمك وترك التسمية فاصاب طائرا أو صيدا آخر فقتله حل أكله وعن أبى يوسف روايتان والصحيح أنه يؤكل وهذا أوضح من الكل فلا يرد عليه أصلا وان تبين ان المسموع حسه آدمى أو حيوان أهلى أو ظبى مستأنس أو موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا ولا يقوم مقام الذكاة ولو رمى الى الطائر فاصاب غيره من الصيود أو فر الطائر ولا يدرى أهو وحشى أم لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى أهو ناد أم لا حيث لا يحل المصاب لان الاصل فيه الاستئناس فيحكم على كل واحد منهما بظاهر حاله ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فتبين انه صيد حل لانه لا عبرة بظنه مع تعينه صيدا ذكره فى الهداية وقال فى المنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن أنه انسان أو دابة أو حية فرماه فاذا ذاك الذى سمع حسه صيد فاصاب سهمه ذلك الصيد الذى سمع حسه أو أصاب صيدا آخر فقتله لا يؤكل لانه رماه وهو لا يدرى الصيد ثم قال ولا يحل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون الذى

اراده

أراده وسمع حسه ورمى اليه صيدا سواء كان مما يؤكل أولا وهذا يناقض بما ذكره فى الهداية وهذا أوجه لان الرمى الى الآدمى ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره ولو أصاب صيدا وماذكره صاحب الهداية يناقض ماذكره هو بنفسه أيضا من قوله وان تبين انه حس آدمى لا يحل المصاب وعلى اقتضاء ماذكره هناك انه يحل لان المصاب صيد كما فى هذه المسئلة بل أولى لان مقصوده فيها صيد وفرق بينهما فى النهاية بفرق غير مخلص فلا حاجة الى ذكره وقال فيه لو رمى الى آدمى أو بقر ونحوه وسمى فاصاب صيدا مأكولا لا رواية لهذا فى الاصل ولابى يوسف رحمه الله تعالى فيه قولان فى قول يحل وفى قول لا يحل فيحمل ماذكره صاحب الهداية على رواية أبى يوسف فيه فيستقيم ولا حاجة الى الفرق ولو لم يتبين صاحب الحس ماهو لا يحل تناول ما أصابه لاحتمال ان يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل المصاب بالشك والبازى والفهد فى جميع ماذكرنا كالكلب قال رحمه الله ﴿وان أدركه حيا ذكاه وان لم يذكه حرم﴾ لما رويناه وبينا فى الكلب من المعنى لان كل واحد منهما ذكاة اضطرارا فيكون الوارد فى أحدهما واردا فى الآخر دلالة لاستوائهما من كل وجه قال رحمه الله ﴿وان وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو فى طلبه حل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لا﴾ يعنى يحرم أكله لقوله عليه الصلاة والسلام لابى ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله مالم ينتن رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائى وورد انه عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامى وقال لعل هوام الارض قتلته فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه والاول على ما اذا لم يقعد ولانه يحتمل ان يموت بسبب آخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لان الموهوم فى المحرمات كالمتحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لان الاعتبار فيه يؤدى الى سد باب الاصطياد وهذا لان الاصطياد يكون فى الصحراء بين الاشجار عادة ولا يمكنه أن يقتله فى موضعه من غير انتقال وتوار عن عينه غالبا فيعذر مالم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم امكان التحرز عنه ولا يعذر فيما اذا قعد عن طلبه لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فيحرم وهو القياس فى الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقى على الاصل فيما يمكن وجعل قاضيخان فى فتاواه من شروط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره وقال لان الغالب اذا غاب الصيد عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذى رويناه حجة على مالك رحمه الله تعالى فى قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت ليلة لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله فى أول المسئلة واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا التركيب فقهاء أصحابنا رحمهم الله تعالى ولو حمل ماذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر وما رويناه من الحديث يبيح ما غاب عنه وبات ليالى فيكون حجة على من منع ذلك قال الزيلعى فى شرح الكنز وجعل قاضيخان فى فتاواه من شروط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه اهـ أقول ليس الامر كما زعمه الزيلعى فان الامام قاضيخان لم يجعل فى فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعنى الشرط السابع ان لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه فيكون فى طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيت والانماء ما توارى عنك اهـ ولا شك ان قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه نص على ان الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا وأما قوله لانه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه ٧ وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامى فكان فى اعتبار عدم التوارى مطلقا حرج عظيم وهو مدفوع بالنص وقد أشار اليه المصنف بقوله الا انا أسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن قرار يكون بسبب عمله وذكر فى الشروح والكافى انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحشى عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتى صاحبه

فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر رضي الله تعالى عنه فقسمها بين الرفاق وان وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله عليه فان غاب عنك يوما ولم تجد فيه الا أثر سهمك فكل ان شئت وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل رواه مسلم والنسائي وفي رواية انه عليه الصلاة والسلام قال اذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت ان سهمك قتله فكله رواه احمد والنسائي وفي رواية ان عليا رضي الله تعالى عنه قال قلت يا رسول الله ارمي في الصيد فاجد فيه سهمي من الغد قال اذا علمت ان سهمك قتله ولم تر فيه أثر سبع فكل رواه الترمذي وصححه ولانه محتمل تحققت فيه الامارة فيجوز بخلاف ما اذا كان بلا امارة على ما بينا وحكم ارسال الكلب والبازي في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالرمي قال رحمه الله ﴿ولو رمى صيدا فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض حرم﴾ لقوله تعالى والمتردية ولما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى عليه فان وجدته قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله أو سهمك رواه البخاري ومسلم واحمد ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا رميت سهمك فكل واذا وقع في الماء فلا تأكل رواه البخاري واحمد ولانه احتمل موته بغيره لان هذه الاشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فتحرم بخلاف ما اذا كان لا يمكن التحرز عنه فهذا هو الحكم في المحتمل في هذا الباب وهذا فيما اذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لان موته يضاف الى غير الرمي وان كانت حياته دون ذلك فهو على هذا الاختلاف الذي مر ذكره في ارسال الكلب ولو رمى الى الصيد فامال الريح السهم يمينا أو يسارا أو عدل عن سننه وأصاب صيدا لم يؤكل لان حكم الرمي قد انقطع بالعدول وعن أبي يوسف ان حكم الرمي لا يقطع بالتغيير عن سننه ولو أصاب السهم حائطا أو صخرة فرجع للصيد وقتله لم يؤكل ولو حد دعودا وطوله كالسهم ورمى به فاصاب بحده وخرق يؤكل والا فلا ولو رمى الى صيد سهما فاصاب سهما موضوعا فرفعه فاصاب صيدا فقتله بخرق وجرح يؤكل لان المرفوع انما ارتفع بقوة السهم الاول فيكون نفوذه بواسطة الاول ألا ترى انه لو أصاب آدميا وقتله يجب القصاص على الرامي ولو رمى بمعراض أو حجر او بندقة وأصاب سهما ورفعه وأصاب السهم الصيد فقتله يحل ولو رمى سهما فعدل به الريح عن سننه يمينا أو يسارا أو أصاب حائطا فعدل عن سننه ثم استقام ومر على سننه فاصاب الصيد وجرحه فلا باس به ولا عبرة بهذه الزيادة بعد الاستقامة على سننه كذا في المحيط وفي الذخيرة ولو أن الريح امالته يمينا أو يسارا أو أماما فردته عن سننه لا الى ورائه لم يكن باكله بأس واذا رمى مسلم صيدا بسهم وسمى ثم رمى مجوسي فاصاب سهمه سهم المسلم فانحرف يمنة ويسرة الا انه في سننه ذلك وأصاب الصيد وقتله فالصيد للمسلم ولكن لا ينبغي ان يأكله ولو رمى حلال سهما الى صيد ثم رمى محرم فاصاب سهم المحرم سهم الحلال وزاد في قوته حتى أصاب الصيد فانه لا يحل اكله وارسال البازي كارسال الكلب ولو رمى رجل صيدا بسهم وسمى ثم ان رجلا آخر رمى ذلك الصيد بسهم فسمى فاصاب سهم الثاني الاول وأمضاه حتى أصاب الصيد وجرحه وقتله فالمسئلة على وجهين ان كان السهم الاول بحال يعلم انه يبلغ الصيد بدون السهم الثاني الا ان الثاني زاد في قوته فالصيد للاول ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان لا يدري بان الاول هل يبلغ الصيد لولا الثاني قال مشايخنا وينبغي أن يكون الصيد للاول ويحل تناول هذا الصيد على كل حال ولو كان الرامي الثاني مجوسيا فاصاب سهمه سهم المسلم فان علم ان سهم المسلم لا يصيب الصيد لولا سهم المجوسي فالصيد للمجوسي ولا يحل تناوله ولو علم ان سهم المسلم يصيب الصيد الا ان سهم المجوسي زاد في قوته فالصيد للمسلم ويحل تناوله قياسا ولا يحل استحسانا ولو أن قوما من المجوس رموا سهامهم فاقبل الصيد نحو مسلم فارا من سهامهم فرماه المسلم وسمى فاصابه سهم المسلم وقتله فالمسئلة على وجهين ان كان سهم المجوسي وقع على الارض حتى رماه المسلم لم يحل أكله الا أن يدركه المسلم ويذكيه فحينئذ يحل لانهم أعانوه على الرمي دون حقيقة الذكاة ولم يعتبر بالرمي مع وجود حقيقة الذكاة وان وقعت سهام المجوسي على الارض ثم رماه المسلم بعد ذلك وباقي المسئلة بحالها حل أكله وكذلك المجوس ان أرسلوا كلابهم الى صيد فاقبل الصيد هاربا فرماه المسلم فقتله أو أرسل كلبه اليه فاصابه الكلب فقتله ان كان رمي مسلم أو ارساله الكلب بعد رجوع كلاب المجوسي يحل وان كان حال اتباع كلابهم لا يحل وكذا لو أرسل المجوسي صقرا له أو بازيا له فهوى الصيد الى الارض هاربا فرماه المسلم فقتله فان كان رمي المسلم وارساله حال اتباع صقر المجوسي وبازيه لا يحل وان كان بعد الرجوع حل وكذا لو اتبع الصيد كلب غير معلم فاقبل الصيد فارا منه فرماه المسلم بسهم فهو على التفصيل الذي قلنا قال رحمه الله ﴿وان وقع على الارض ابتداء حل﴾ لانه لا يمكنه التحرز عنه فسقط اعتباره لئلا ينسد بابه على ما بينا بخلاف ما اذا

أمكن التحرز عنه لان اعتباره لايؤدى الى سد بابه واعتباره لايؤدى الى الحرج فامكن ترجيح المحرم عند التعارض على ماهو الاصل فى الشرع ولو وقع على جبل أو سطح أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يتردحل لان وقوعه على هذه الاشياء كوقوعه على الارض ابتداء ولانه لايمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف مااذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى منه الى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال ان أحد هذه الاشياء قتله بحده أو بترديته وهو ممكن الاحتراز عنه وقال فى المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى وهذا خلاف اطلاق الجواب المذكور فى الاصل فيما عدا هذا المفسر لان حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمى موهوم فيتردد فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف مااذا لم ينشق ولم ينفلق لان موته بالرمى هو الظاهر فلا يحرم ولا يحمل اطلاق الجواب فى الاصل عليه وحمل السرخسى ماذكر فى المنتقى على مااذا أصابه حد الصخرة فانشق كذلك وحمل المذكور فى الاصل على انه اذا لم يصبه من الصخرة الا مايصيبه من الارض أو وقع عليه فحمل كذلك فكلا التأويلين صحيح ومعناهما واحد لان كلا منهما يحمل ماذكره فى الاصل على مادامت بالرمى وماذكره فى المنتقى على مادامت بغيره وفى لفظ المنتقى اشارة اليه ألا ترى انه قال لاحتمال الموت بسبب آخر أى غير الرمى وهذا يرجع الى اختلاف اللفظ دون المعنى ولا يبالى به وان كان الطير المرمى مائيا فان لم تنغمس الجراحة فى الماء أكل وان انغمست لايؤكل لاحتمال الموت به دون الرمى لانه يشرب الجرح الماء فيسبب زيادة الالم فصار كما اذا أصابه السهم قال رحمه الله ﴿وماقتله المعراض بعرضه أو البندقة حرم﴾ لما روينا من حديث ابراهيم ولما روى ان عدى بن حاتم قال للنبى صلى الله عليه وسلم انى أرمى الصيد بالمعراض فاصيب فقال اذا رميت بالمعراض فخرقت فكله وان أصابه بعرضه فلا تأكله رواه البخارى ومسلم وأحمد ولما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن الحذف وقال انها لاتصيد ولكنها تكسر العظم وتفقأ العين رواه البخارى ومسلم وأحمد ولان الجرح لابد منه لما بينا من قبل والبندقة لاتجرح وكذا عرض المعراض والمعراض سهم لاريش ولا نصل له وانما هو حديد الرأس سمى الحديد معراضا لانه يذهب معترضا وتارة يصيب بعرضه وتارة يصيب بحده وان رماه بالسكين أو السيف فان أصابه بحده أكل والا فلا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا لايؤكل وان جرح لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وله حد وجرح لتيقن الموت بالجرح حينئذ ولو جعل الحجر طويلا كالسهم وهو خفيف وبه حده ورمى به صيدا فان جرح حل لقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة فلم يبضع بضعا لايحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فقطع أوداجه وأبان رأسه لان العروق قد تنقطع بالثقل فيقع الشك ويحتمل انه مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لايحل لانه قتله ثقلا لا جرحا الا اذا كان له حد يبضع بضعا فيكون كالسيف والرمح والاصل فى جنس هذه المسائل ان الموت اذا حصل بالجرح يتعين الحل وان حصل بالثقل أو شك فيه فلا يحل حتما أو احتياطا وان جرحه فمات فان كان الجرح مدميا حل بالاتفاق وان كان غير مدم اختلفوا فيه قيل لايحل لانعدام معنى الذكاة وهو اخراج الدم النجس وشرط النبى صلى الله عليه وسلم اخراج الدم بقوله انهر الدم بما شئت رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وقيل يحل لاتيانه مافى وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس من وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد ينحبس بقتله أو لضيق المنفذ بين العروق وقد قدمنا وان ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل يحل أكلها وقيل لايحل فالاول قول أبى بكر الاسكاف والثانى قول اسمعيل الصفار ووجه القولين دخل فيما ذكرنا وان أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماه حل والا فلا وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم قال رحمه الله ﴿وان رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد لا العضو﴾ وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه أكل ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف مااذا لم يمت لانه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ماقطع من بهيمة وهى حية فما قطع منها فهو ميتة رواه ابن ماجه ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع فى الماء وفيه هذا القدر من الحياة يحرم بخلاف مااذا أبين بذكاة الاختيار لان المبان منه ميت حكما ألا ترى انه لو وقع فى هذه الحالة فى الماء أو تردى من الجبل لايحرم لان موته قد حصل بالابانة حكما فلا يضاف الى غيره وان كان حصل بذلك حقيقة أقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة فى ألسنة الفقهاء وكتب اصحابنا لكنها مخالفة فى الظاهر لما تقرر فى أصول أئمتنا من أن المطلق

يجرى على اطلاقه كما ان المقيد يجرى على تقييده فتأمل فى التوفيق وفى الاصل رجل أرسل كلبه على صيد فاخطأ ثم عرض له صيد آخر فقتله يؤكل وان فاته الصيد فرجع وعرض له صيد آخر فى رجوعه فقتله لا يؤكل وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم تقع ذكاة لقيام الحياة فى الثانى حقيقة وحكما على ما بينا وانما تقع ذكاة عند موته وفى ذلك الوقت لا يظهر فى المبان لعدم الحياة فيه لزواله بالانفصال فصار الاصل فيه ان المبان من الحى حقيقة وحكما لا يجوز والمبان من الحى صورة لا حكما بدليل ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يؤثر فيه وقوعه فى النهر فى هذه الحالة يحل أكله فى هذه الحالة وان كان يكره لما فيها من زيادة الايلام بقطع لحمه ولا كذلك المبان منه بالاصطياد لانه حى حقيقة وحكما حتى لا يثبت له شئ من هذه الاحكام قال رحمه الله ﴿وان قطعه اثلاثا والاكثر مما يلى العجز أكل كله﴾ لان المبان منه حى صورة لا حكما اذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة فى الحال فحل أكله كما اذا أبين رأسه فى الذكاة الاختيارية وكذا اذا قد نصفين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى وان ضرب عنق شاة فابان رأسها تحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الالم بابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل قطع الاوداج لا تحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت ولو ضرب صيدا فقطع يده أو رجله ولم ينفصل حتى مات وان كان يتوهم التئامه واندماله حل أكله لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بان يبقى معلقا بجلده حل ما سواه دونه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى قال رحمه الله ﴿وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد﴾ لانهم ليسوا من أهل الذكاة حالة الاختيار فكذا حالة الاضطرار وكذا المحرم لانه ليس من أهل ذكاة الاختيار فى حق الصيد فلا يكون من أهل ذكاة الاضطرار فيه ويؤكل صيد الكتابى لانه من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال رحمه الله ﴿وان رمى صيدا فلم يثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للثانى وحل﴾ لانه هو الآخذ له وقال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وانما حل لانه لما لم يخرج بالاول من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح فى أى موضع كان وقد وجد قال رحمه الله ﴿وان أثخنه فللاول وحرم﴾ لانه لما أثخنه الاول قد خرج من حيز الامتناع وصار قادرا على ذكاته الاختيارية فوجب عليه ذكاته لما رو يناولم يذكه وصار الثانى قاتلا له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فبالقتل أولى ان يحرم بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان بحال يسلم من الاول لان موته يضاف الى الثانى اما اذا كان الرمى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى من المذبوح كما اذا أبان رأسه يحل لان موته لا يضاف الى الرمى الثانى فلا اعتبار لوجوده لكونه ميتا حكما ولهذا لو وقع فى الماء فى هذه الحالة لا يحرم كوقوعه بعد موته ولو كان الرمى الاول بحال لا يعيش به الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بان كان يبقى يوما أو دونه فعند أبى يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة يعتبر عنده فصار حكمه كحكم ما اذا كان الاول يسلم منه فلا يحل قال رحمه الله ﴿وضمن الثانى للاول قيمته غير ما نقصته جراحته﴾ أى ضمن جميع قيمة الصيد غير ما نقصته جراحته الاولى لانه أتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزم قيمة ما أتلفه وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزم ذلك لان قيمة المتلف تعتبر وقت الاتلاف فصار كما لو أتلف عبدا مريضا أو شاة مجروحة فانه يلزمه قيمته متقوما بالمرض أو الجرح وقال صاحب الهداية وغيره تأويله اذا علم ان القتل حصل بالثانى فان كان الاول بحال يسلم منه والثانى بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كاملا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى قال صاحب الهداية قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمته لحما أما الاول وهو ما نقصته جراحته فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصته فيضمنه أولا وأما الثانى وهو ضمان نصف قيمته حيا فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه يعنى الجراحة الاولى ما كانت بصنع الثانى فلا يضمنها والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانية أى الجراحة الثانية ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا وأما الثالث وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن نصف القيمة الآخر لانه ضمنه من حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم وهذا يوهم ان بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما اذا حصل القتل بالثانى وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه فى الموضعين يضمن الثانى جميع قيمته غير ما نقصته جراحة

الاول الا انه بين فى المسئلة الاولى جميع الحاصل وفى الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان أى عدم الفرق بين المسئلتين بيانه ان الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريقة الاولى يضمن الثانى ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول وهو المراد بقوله غير مانقصته جراحته وعلى الطريقة الثانية يضمن درهمين أولا لان ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله فى الزيادات يضمن الثانى مانقصته جراحته بقى من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم وهو المراد بقوله ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين يعنى به نصف قيمته حيا ثم اذا مات يضمن النصف الآخر بعد الموت وان كان تفويت اللحم فيه موجودا بقتله لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان يتكرر الضمان بان يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمته لحما بعد الموت وهذا لايجوز وهذا اذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا يضمن الثانى ويؤكل لان موته لا يضاف الى الثانى ولهذا لو وقع فى الماء فى هذه الحالة لايحرم وقد ذكرناه من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله فان علم ان الموت حصل من الجراحتين أولا يدرى ولو رمياه معا فاصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه الآخر أو رماه أحدهما أولا ثم رماه الثانى قبل ان يصيبه الاول أو بعدما أصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول فأثخنه أو أثخنه ثم أصابه الثانى فقتله فهو للاول ويؤكل وقال زفر لايحل أكله لانه حال اصابة الثانى غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار كما اذا رماه الثانى بعدما أثخنه الاول قلنا عند رمى الثانى هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة ولهذا اشترط التسمية عند الرمى فكذا الامتناع يعتبر عنده الا ان الملك يثبت للاول لان سهمه أخرجه عن حيز الامتناع فملكه به قبل ان يقتل بسهم الثانى فحاصله أن المعتبر فى حق الحل والضمان وقت الرمى لان الرمى الى صيد مباح فلا ينعقد سببا لوجوب الضمان فلا ينقلب موجبا بعد ذلك وهو ذكاة فيحل المصاب لان الحل يحصل بفعله وفعله هو الرمى والارسال فيعتبر وقته وفى حق الملك يعتبر وقت الاثخان لان به يثبت الملك وزفر يعتبر وقت الاثخان فيهما ولو رمياه معا وأصاباه معا فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما فى السبب والبازى والكلب فى هذا كالسهم حتى يملكه باثخانه ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان حتى لو أرسل بازيه فامسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه وأرسل الآخر بازيه فقتل ذلك الصيد فان الصيد للثانى وحل لان يد البازى الاول ليست يدا حافظة لتقام مقام يد المالك اما القتل فهو اتلاف والبازى من أهل الاتلاف فينتقل الى صاحبه ولو رمى سهما فاصاب الصيد فأثخنه ثم رماه ثانيا فقتله حرم لما بينا قال رحمه الله ﴿وحل اصطياد مايؤكل لحمه ومالا يؤكل﴾ لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا مطلقا من غير قيد بالمأكول اذ الصيد لايختص بالمأكول قال الشاعر

صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدك الابطال

ولان الاصطياد سبب الانتفاع بجلده أو ريشه أو شعره أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب الرهن﴾

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والصيد سبب لتحصيل المال والكلام فى الرهن يقع فى مواضع الاول فى معناه لغة والثانى فى دليله والثالث فى ركنه والرابع فى شرط لزومه والخامس فى شرط جوازه والسادس فى حكمه والسابع فى سببه والثامن فى صفته والتاسع فى معناه عند الفقهاء والعاشر فى محاسنه اما معناه لغة فهو عبارة عن الحبس باى شئ كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى محبوسة بما كسبت من المعاصى يقال رهنت الشئ وارتهنته والجمع رهن ورهون ورهان والرهن المرهون تسمية بالمصدر وأما دليله فقوله تعالى فرهن مقبوضة أمر بأخذ الرهن وقبضه حال المداينة وأما ركنه فهو الايجاب وهو قول الراهن رهنت عندك هذا الشئ بمالك على من الدين أو نحوه والقبول شرط له لان الرهن عقد تبرع لانه لم يستوجب الرهن بذاته شيأ والتبرع يتم بالايجاب من غير قبول حتى لو حلف لايرهن فرهن ولم يقبل الآخر يحنث وأما الرابع وهو شرط اللزوم وهو القبض وأما الخامس وهو شرط الجواز فكونه مقسوما مفرزا فارغا عن الشغل بحق الغير وان يكون الرهن بحيث يمكن الاستيفاء منه كالدين حتى لايصح الرهن بما ليس بمال كالحدود والقصاص والعتق واما حكمه فملك المرتهن المرهون فى حق الحبس حتى يكون أحق بامساكه الى وقت ايفاء الدين فى حال الحياة واما اذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء فيستوفى منه دينه ومافضل فهو للغرماء وأما سببه فهو الحاجة اليه لان الانسان قد لايجد من لا يقرضه مجانا من غير رهن أو يصبر عليه بغير رهن وأما صفته قال عامة العلماء بان الرهن مضمون على المرتهن كما سيأتى بيانه وأما التاسع وهو تفسيره شرعا

فسيتكلم عليه المؤلف واما العاشر وهو محاسنه فهو فك عسرة الطالب عن الراهن ووثوق قلب المرتهن بما يحصل ماله ولو ارتهن على انه ان ضاع ٧ بغير شيء وأجاز الراهن جاز الرهن و بطل الشرط لانه تغيير لعقد موضوع بحكم مشروع وتبديل المشروع لا يجوز والمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى لو رهن نصف دار وسلم الدار الى المرتهن وهلكت لم يذهب من الدين شيء وهكذا ذكر في نوادر هشام عن محمد رحمهما الله تعالى انه في الرهن الفاسد لا يذهب بهلاكه الدين وفي الجامع الكبير لو اشترى مسلم خمرا او رهن بثمنه رهنا فضاع الرهن عنده لا يضمن لانه رهن باطل في الاول ينعقد فاسدا والله أعلم وسيأتي له مزيد بيان عند قوله مضمون باقل من قيمته وفي الكبرى لو شرط عليه ان يضمن الفضل عن الدين فالشرط باطل قال رحمه الله ﴿هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين﴾ وهذا حده في الشرع كذا قال الشارح وقال قوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو حق أمكن استيفاؤه من الدين لعدم تعيينه وأما العين فلا يمكن استيفاؤها من الرهن ولا يجوز الرهن بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر و بدل الخلع و بدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي فيها المثل أو القيمة و رد العين لا مخلص على ما عليه الجمهور ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته و يمتنع وجوب الزكاة عمن هو في يده وماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام وعند البعض وان كان الموجب الاصلي رد العين فرد القيمة مخلص فلا يجب الضمان الا بعد الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته بالقبض فيكون رهنا لوجود سبب وجوبه فيصح كما هو في الكفالة بخلاف الاعيان الامانة اهـ فان قيل هذا التعريف للرهن التام أو اللازم والا ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض أجيب بان المراد انه يتحقق بانعقاد معنى الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق الا ان الشارع جعل للعاقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بالقبض والمأخوذ في التعريف المذكور في الكتاب للمرتهن انما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا ولو قال هو عقد يرد على معنى حبس العين بحق يمكن استيفاؤه منه لكان أولى وقولنا على معنى حبس الى آخره لان العقد لا يوجب حقيقة الحبس لانها بالقبض بل يوجب نفس الحبس وقول الامام الزيلعي ان قوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعيينه قلنا المتبادر اليه من الكافي انه يجوز الرهن بغير الدين أيضا كما ذكرت أمثاله وقوله شيء صادق على مال وعين ذلك أولا وعلى ما اذا كان على كل الدين أو بعضه وعلى ما اذا قبض الدين أولا قال قاضيخان رجل دفع الى رجل ثوبين وقال خذ أيهما شئت بالمائة التي علي فاخذهما فضاعا في يده قال الثالث لا يذهب من الدين شيء وجعله بمنزلة رجل عليه عشرون درهما يدفع المديون الى الطالب مائة وقال خذ منها عشرين بدينك فضاعت المائة قبل ان يأخذ منها عشرين ضاعت من مال المديون والدين على حاله ولو قال خذ أحدهما رهنا بدينك فاخذهما فضاعا في يده وقيمتهما سواء قال الثالث يذهب نصف قيمة كل واحد منهما بالدين ان كان مثل الدين رجل عليه مائة فاعطى الدائن ثوبا وقال خذ هذا ببعض حقك فقبضه وهلك يهلك بقيمته قال أبو يوسف لما شاء المرتهن أخذ الرهن ولم يدفع شيأ فضاع في يده قال أبو يوسف عليه قيمة الرهن أقرض آخر خمسين درهما فقال المقرض لا يكفيك هذا القدر ولكن أبعث لك ما يكفيك فبعث فدفع اليه فضاع في يده فعلى المرتهن الاقل من قيمة الرهن ومن الخمسين واشتراط خيار الشرط ثلاثة أيام في الرهن غير جائز في المرتهن لانه يملك فسخه من غير خيار الشرط فلا فائدة في اشتراطه وللراهن جائز لانه يحتاج الى الخيار فيه وهو في معنى البيع فيصح اثبات الخيار له فيه كذا في الاصل قال رحمه الله ﴿ولزم بايجاب وقبول و يتم بقبضه محوزا مفرغا مميزا﴾ وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع ولكنه ينعقد بهما و يتم بالقبض فيلزم به قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنت والقبول وهو قول المرتهن قبلت ثم علل بانه عقد والعقد ينعقد بهما او رد عليه بان صاحب المحيط صرح بانه عقد تبرع يتم بالايجاب فقط وهو قول غالب المشايخ وقال الامام مالك رضي الله تعالى عنه يلزم بالايجاب والقبول كالبيع والاجارة وقوله محوزا مفرغا مميزا احترز بالاول عن المشاع و بالثاني عن المشغول و بالثالث عن المتصل اذا قبضه كذلك ثم هذا بيان الرهن بالقول وسنبين ما يصير رهنا بالفعل قال رحمه الله ﴿والتخلية فيه وفي البيع قبض﴾ قال الشارح والصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع عن القبض وهو المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم لانا اكتفي بالتخلية لانه غاية ما يقدر عليه والقبض فعل لغيره فلا يكلف به وهو ظاهر الرواية وعن الثاني ان في المنقول لا بد من النقل والاول أصح والقياس على الغصب

قوله ... الرهن

باطل لان قبض الرهن مشروع فيشبه البيع فاكتفى بالتخلية والغصب ليس بمشروع فلا حاجة الى ثبوت بدون قبض حقيقة وهو النقل ووضع اليد ولا يرد النقض بالصرف لانه لا بد فيه من القبض حقيقة لانه ورد على خلاف القياس قال رحمه الله ﴿وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن﴾ لما ذكرنا انه متبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم بالكلية وفيه خلاف مالك واختلفوا فى القبض قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده الرهن قبل القبض جائز غير لازم وانما يصير لازما فى حق الراهن بالقبض اهـ وانما يصير لازما فى حق المرتهن بالدفع وقبض الراهن الدراهم فلو قال ولهما ان يرجعا ما لم يتقابضا لكان أولى لانه فى حكم الراهن والمرتهن ولا يقال قوله وله أن يرجع المفيد ان عقد الرهن تبرع فى حق الراهن ينافيه ما نقل فى المحيط وغيره رهن عنده دابتين على مائة فدفع له دابة وقبض منه خمسين وطلب المرتهن الدابة الاخرى وامتنع من قرض الخمسين الباقية يجبر الراهن على قرض الخمسين لان الرهن لازم من جانب الراهن فما شرط عليه يجبر على دفعه غير لازم فى حق المرتهن فلا يجبر على دفعه اهـ لانا نقول هو تبرع فى حق الراهن قبل دفع شئ من الرهن فلا منافاة ولم يتعرض المؤلف رحمه الله تعالى للراهن بالفعل وسنذكر ذلك تتميما للفائدة قال فى الذخيرة من كان له دين على رجل فتقاضاه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأس المديون رهنا بدينه وأعطاه منديلا صغيرا يكفيه على رأسه وقال أحضر دينى لاردها عليك فذهب الرجل وجاء بدينه بعد أيام وقد هلكت العمامة قال هلكت بالدين وفى السراجية اذا أخذ عمامة المديون بغير رضاه لتكون رهنا لم تكن رهنا بل غصبا روى ابن سماعة عن أبى يوسف رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم وأبى البائع ان يدفعها اليه حتى يقبض الثمن وقال المشترى لا أدفع لك الثمن حتى أقبضها فاتفقا على وضع الثمن على يد عدل حتى يقبض الثمن يدفعها اليه فوضع رهنا بالثمن فهلك هلك من مال البائع وفى الفتاوى الكبرى رهن عبدا بكر حنطة فمات العبد فظهر ان الكر ليس على الراهن فعلى المرتهن قبض كر دون العبد وفى التتمة رجل عليه ثمن عين اشتراها دنانير فدفع للبائع صرة فيها دنانير فقال خذ هذه الصرة حتى انقد لك الثمن ثم هلكت تهلك من مال البائع قال قلت تهلك هلاك الرهن أم هلاك الثمن قال هلاك الثمن فان ظهر ان دينه أجود لا يرجع بالجودة فى قول الامام ومحمد حيث كانا فى الوزن سواء قال رحمه الله ﴿وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل الدين صار مستوفيا دينه وان كان أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيا دينه وان كان أقل صار مستوفيا بقدره دينه ويرجع المرتهن بالفضل﴾ وقال الامام الشافعى رضى الله تعالى عنه الرهن كله أمانة فلا يسقط شئ من الدين بهلاكه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن الذى هلك عنده الفرس ذهب حقه وقوله عليه الصلاة والسلام اذا هلك الرهن هلك الدين أو ما معناه وأجمع الصحابة والتابعون على ذلك وبيان الدليلين من الجانبين فى المطولات وفى الكافى بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن يسقط دينه وان كان قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى وان كانت قيمته خمسة عشرة فالفضل أمانة عندنا وفى الينابيع الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وفائدة هذا تظهر فى مسائل منها اذا رهن عبدا بألف درهم وقيمته ألفان فأبق فرده رجل من مسيرة ثلاثة أيام فان الجعل على الراهن وعلى المرتهن نصفان لان العبد نصفه مضمون بالدين ونصفه أمانة فيكون الجعل بينهما بالحصص ومنها مداواة الامراض والجروح لانه ينقسم ذلك على المضمون وعلى الامانة بالحصص وما أصاب المضمون فعلى المرتهن وما أصاب الامانة فعلى الراهن ولو قال وهو مضمون بالاقل من قيمة المضمون ومن الدين لكان أولى ليشمل ما اذا كان قيمة المرهون أكثر من الدين فى الاصل والباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيع والفاسد ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد والمقابل به يكون مالا مضمونا وفى كل موضع لم يكن الرهن مالا ولم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا وهو الباطل وتعتبر قيمة الرهن يوم القبض ولم يذكر المؤلف أحكام غلبة الماء على الارض المرهونة قال فى المحيط أرض مرهونة غلب عليها الماء فهى بمنزلة العبد اذا أبق لانها بما ينزل عنها الماء فتكون الارض منتفعا بها فلا يسقط الدين لاحتمال العود كالآبق ولو رهن عبدا حلال الدم أو سرق عند الراهن فقطع عند المرتهن فذاك من ضمان الراهن ولم يذهب من الدين شئ وبقى مرتهنا بجميع الدين عند الامام وعندهما السرقة عيب ويقوم سارقا وحلال الدم وغير سارق وغير حلال الدم فيسقط من الدين بمقدار قيمته حلال الدم والقطع ويكون رهنا بحصة قيمته كذلك ولو وجب عليه حد القذف أو الزنا عند المرتهن أو دخله عيب فيسقط من الدين بقدره رهن ثوبا يساوى خمسة دراهم ومثال ذهب يساوى عشرة بخمسة دراهم فهلك الذهب ولبس الثوب حتى انخرق ضمن قيمة الثوب بحسب ماله

من ذلك درهم وثلثان لانه ذهب باذهاب الذهب ثلثا الدين وذلك ثلاثة دراهم وثلث درهم لان بازاء الذهب ثلثي الدين و بازاء الثوب ثلثه فاذا ذهب الذهب واستهلك الثوب يذهب باذهاب الثوب ثلث الدين و يضمن مثقال الذهب فيكون رهنا عنده بثلاثة دراهم وثلث وذكر المؤلف رحمه الله تعالى حكم هلاك العين المرهونة فى يد المرتهن ولم يذكر حكم نقصانها قال فى الخلاصة اذا نقصت العين المرهونة فى يد المرتهن ان كان النقصان فى عينها سقط من الدين بقدره اه ولم يتعرض لما اذا كان بالدين رهنان من جهتين مختلفتين قال قاضيخان رجل عليه دين لآخر وبه كفيل فأخذ الطالب من الكفيل رهنا ومن الاصيل رهنا أو أحدهما بعد الآخر وبكل واحد وفاء بالدين فهلك أحد الرهنين عند المرتهن قال زفر رحمه الله تعالى أيهما هلك يهلك بكل الدين وقال الامام أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا هلك الرهن الثانى فان كان الراهن علم بالرهن الاول فان الثانى يهلك بنصف الدين وان لم يعلم بذلك يهلك بجميع الدين وذكر فى كتاب الرهن ان الثانى يهلك بنصف الدين ولم يذكر العلم والجهل وهو الصحيح لان كل واحد منهما يطالب بجميع الدين فيجعل الرهن الثانى زيادة فى الرهن الاول فان كانت قيمتهما سواء قسم الدين عليهما فالثانى اذا هلك يهلك بنصف الدين وقد قالوا لو شرط انه اذا ضاع يكون مجانا فالشرط باطل و يهلك بالدين ولم يتعرض لما اذا هلك فى يد المرتهن بعد ان أبرأه الراهن أو وهبه الدين أو أحاله به قال فى الخلاصة لو أبرأه عن الدين أو أحاله به أو وهبه له والعبد فى يد المرتهن فهلك فى يده من غير ان يمنعه عنه لا يضمن استحسانا وهو قول أصحابنا الثلاثة بخلاف ما لو أبرأ الراهن فيما بقى من الدين ثم هلك الرهن فى يد المرتهن وجب عليه رد ما قبض ولو تصادقا على ان لا دين يبقى مضمونا ولو أحال المرتهن الراهن بالرهن على انسان عنده الرهن ثم مات العبد المرهون قبل ان يرد ٧ فيه وتبطل الحوالة وفى المبسوط مسائله على فصول أحدها فى هلاك الرهن قبل الابراء والثانى فى هلاكه بعد الاستيفاء والثالث فى هلاكه بعد فسخ الرهن واقالته والرابع فى هلاكه بعد استعماله قال رحمه الله ﴿وهب المرتهن الدين من الراهن أو أبرأه عنه فهلك الرهن عنده من غير منع يضمن المرتهن﴾ قياسا وهو قول زفر ولا يضمن استحسانا ولو منعه حتى هلك ضمن قيمته اتفاقا ووجه القياس ان الرهن صار مضمونا على المرتهن بالقبض واليد لان به يصير مستوفيا للدين و يده على الرهن يد استيفاء الدين و يتقرر ذلك بالهلاك وصار كانه استوفى ثم أبرأه فيبقى مضمونا عليه لبقاء اليد والقبض فكذا هذا وجه الاستحسان ان الضمان قد ارتفع قبل تقرر حكمه ووجوبه لان ضمان الرهن انما يجب اما بحقيقة الرهن أو بجهته وقد ارتفع العقد والجهة بسقوط الدين فانتفى الضمان وذلك لان قيام الدين ودوامه بشرط بقاء الرهن لان الرهن شرع توثيقا وتوكيد الدين و بعد سقوطه لا يتصور توثيقه وتوكيده فلا فائدة فى بقاء الرهن فلا يبقى فانحل الضمان لارتفاع مناطه فبقيت العين أمانة فى يده بخلاف الاستيفاء لان الاستيفاء يتقرر بالدين ولا يسقط أصلا ولهذا صحت الهبة والابراء بعد الاستيفاء حتى يلزمه رد ما استوفاه ولا تصح الهبة والابراء بعد هبة الدين وابرائه ولو أخذت المرأة رهنا بصداقها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها ثم هلك الرهن هلك بنصف الصداق لان الصداق قد سقط فصار كالبراءة عن الدين ولو قبض المرتهن حقه ثم هلك الرهن عنده ولم يمنعه من قبضه وقيمته مثل الدين رد ما قبض لان الدين لم يسقط بالاستيفاء من وجه فى حق بعض الاحكام وان سقط فى حق المطالبة لما بينا فصار مستوفيا ما قبض بعد ما استوفاه مرة حكما بالهلاك فيلزمه رد ما قبض آخرا ولو كان الدين طعاما قرضا فاشتراه من هو عليه بدراهم ودفعها الى المرتهن ثم هلك الرهن فعلى المرتهن رد مثل ذلك الطعام وتبين بهذه المسئلة ان المرتهن يصير مستوفيا وقت الهلاك دون القبض لانه لو صار مستوفيا من وقت القبض لما جاز البيع لانه ليس فى ذمة الراهن شئ قضى أجنبى دين المرتهن تطوّعا ثم هلك الرهن فى يد المرتهن رد برد المال على المتطوّع لانه استوفى الدين من الراهن بالهلاك بعد ما استوفاه من المتطوع فيجب عليه ذلك كما اذا استوفاه من الغريم ثم هلك الرهن تصادق الراهن والمرتهن ان لا دين بعد ان اتفقا انه ألف وهلك الرهن فعلى المرتهن ان يرد الالف لان الرهن حين هلك كان مضمونا بالدين لانهما لم يتصادقا ان لا دين قبل الهلاك فصار المرتهن مستوفيا للدين حكما بالهلاك فصار كما لو استوفاه حقيقة ولو تصادقا ان لا دين قبل الهلاك اختلاف المشايخ فيه قيل يهلك امانة لان الرهن حصل بدين مضمون يتوهم وجوبه فصار الرهن مضمونا بدين مظنون فاذا زال التوهم بالتصادق على ان لا دين يزول الضمان كما لو زال بالابراء والهبة وقيل يضمن لان توهم وجوب الدين لم يزل تصادقهما على ان لا دين لان تصادقهما على عدم الدين لا يمنعهما عن التصادق على الوجوب بعد ذلك لجواز ان يتذكرا بعد ما تصادقا انه كان عليه دين وان بقى توهم الوجوب بقى مضمونا عليه لان ما به يثبت الضمان وهو توهم الاقتراض منه فى الثانى بامتناعه الاقتراض لم يزل لجواز ان يكون

٧ هنا يتصل بالاصل

أقرضه بعد ذلك فيكون مضمونا عليه وكذلك لو أخذ عبدا على ان يقرضه ألفا ثم هلك العبد فان كانت قيمته أقل من ألف ضمن
قيمته لانه بجهة الرهن مقبوض فصار كالمقبوض بحقيقة الرهن لان المقبوض على جهة الشئ كالمقبوض على سوم الشراء ولو أسلم
فى طعام وأخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد كان له ان يحبس الرهن حتى يقبض برأس المال لان رأس المال بدل على المسلم فيه فظهر ان
الرهن فى حق البدل فان هلك الرهن فى يده هلك بالطعام لانه كان مضمونا بالطعام و بالفسخ لم يسقط الطعام أصلا مالم يصل اليه رأس
المال فبقى مضمونا به كما كان بخلاف مالو أبرأه عن الدين لان هناك سقط الضمان أصلا لسقوط الدين أصلا ولو اشترى عبدا ثم تقابضا
ثم تفاسخا كان للمشترى ان يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن لانه عند الفسخ نزل منزلة البائع وكذلك لو أسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا
ثم تقايلا كان له ان يحبس الرهن حتى يقبض المبيع فان هلك الرهن فى يده هلك بالثمن على ما بينا أسلم خمسمائة فى طعام فرهن به عبدا
يساوى الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال فالقياس ان لا يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه وفى الاستحسان يجعل رهنا
بدينه و يكون مضمونا وجه القياس ان رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكما لانه ليس ببدل عن الطعام لان الطعام وجب بالعقد
ورأس المال وجب بالاقالة وهما ضدان فاوجب بأحدهما لا يعتبر بدلا عن الآخر فالرهن بالطعام لا يكون رهنا وجه الاستحسان ان رأس
المال بدل عن المسلم فيه قائم مقامه لانه كان بدلا له فى العقد و بالاقالة والصلح لما سقط حقه فى المسلم فيه عاد حقه الى بدله لانه وان كان
دينا حادثا لكن لما قام مقام المسلم اثباتا واسقاطا فالرهن بالمسلم فيه يكون رهنا بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته لانها قائمة مقامه
فاذا استوفى رأس المال ثم هلك عنده العبد من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذى كان له على المسلم اليه و يأخذ منه رأس المال
أقرض رجلا كر حنطة وارتهن منه ثوبا قيمته أو صالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه ويصير الثوب رهنا بالشعير فاذا هلك
يهلك مضمونا بالحنطة لانه برئ عن الحنطة فصار كما لو برئ بالايفاء ويجوز ان يكون الشئ رهنا ولا يكون مضمونا كزوائد الرهن
يكون محبوسا ولا يكون مضمونا وذلك لان الرهن استيفاء حكمى والاستيفاء الحكمى لا يربو على الاستيفاء الحقيقى ولو استوفى
المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا السلم صحت الاقالة و يرد عليه طعاما مثله و يأخذ رأس ماله فكذا اذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمى
وفى مسئلة القرض لو صالحه على الشعير بعد ما استوفى الحنطة حقيقة لم يجز الصلح لانه لو صالحه على دين وليس عليه ذلك الدين لا يصح
أصلا فكذا اذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمى ولو وهب له رأس المال بعد الصلح ثم هلك العبد عليه طعام مثله لان الاقالة لم تبطل
بهبة رأس المال لان الاقالة فى السلم لا تقبل البطلان ففى الرهن مضمونا فى المسلم فيه وذكر مسئلته فى الصرف الثانية اشترى ألف درهم
بمائة دينار وقبض الالف فقبض بالمائة الدينار رهنا يساويها ثم تفرقا فسد البيع لان الافتراق قبل قبض الدنانير فصارت الدراهم
مقبوضة فى يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الالف فان هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار
والمرتهن بالالف لان الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشئ يكون رهنا به و ببدله فيكون محبوسا بالدنانير مضمونا بالدراهم فاذا
هلك الرهن صار مستوفيا للدنانير بحكم صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير وعلى الراهن رد الدراهم فان لم يفترقا حتى ضاع
الرهن فهو بالمائة الدينار لانه صار مستوفيا للدنانير فى المجلس حكما بهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف
جائزا ولو ادعى على آخر فانكره فصالحه على خمسمائة فاعطاه به رهنا وهلك الرهن ثم اتفقا على ان لا دين يجبره على قضاء خمسمائة
درهم للمرتهن لانه أخذ الرهن بدين ثابت من حيث الظاهر بدليل ان القاضى بعد الصلح قبل التصادق ان لا دين يجبره على
قضاء خمسمائة درهم والرهن بدين ثابت ظاهرا مضمون على المرتهن لان الرهن المقبوض بجهة القرض مضمون مع ان الدين غير
ثابت فالرهن بدين ثابت ظاهرا أولى يكون مضمونا لان الرهن يملك فى حق ملك اليد والحبس بازاء ما عليه من الدين والراهن لم يرض
بقليله مجانا بل رهن بشرط العوض وهو سقوط الدين بازائه ولو كانت الدعوى فى وديعة فقال المودع رددتها ثم اصطلحا على خمسمائة
وأخذ بها رهنا فهلك ثم تصادقا انه ردها فالرهن غير مضمون عند أبى يوسف وهى كالمسئلة التى قبلها ولو ادعى صاحب الوديعة
استهلاكا ولم يدع المودع شيأ حتى صالحه ثم رهنه فهلك الرهن ثم اتفقا على الهلاك هلك الرهن مضمونا بلا خلاف وذكر محمد رحمه
الله رجوع أبى يوسف رحمه الله عن هذا القول الى قول محمد رحمهما الله تعالى وهو الصحيح وهذا بناء على ان هذا الصلح
لا يجوز فى قوله أولا وفى قوله الآخر يجوز وهو قول محمد وجه قوله الاول ان البراءة عن الضمان تثبت بقول المودع كان الصلح باطلا
ووجه قوله الآخر مذكور فيه وقوله مضمون قال فى العناية قيل ذكر مضمون للتأكيد وقيل احترازا عن دين يجب كالرهن بالدرك

وهو ضمان الدرك عند استحقاق المبيع ولم يتعرض المؤلف لمسئلة القلب قال فى المبسوط رهن قلب فضة على ان يقرضه درهما فهلك قبل ان يقرضه يعطيه درهما لانه مقبوض على جهة الرهن والمقبوض بجهة الرهن كالمقبوض على حقيقة الرهن كالمقبوض على سوم الشراء قال على ان أقرضه شيأ ولم يسم شيأ فهلك يعطيه ماشاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيأ فصار كانه عند الهلاك قال وجب لفلان على شئ ولو قال امسكه رهنا بنفقة تعطيها اياه لانه يصير مستوفيا مالا مجهولا بالهلاك ولو قال امسكه رهنا بدراهم يلزمه ثلاثة لان أقل الجمع ثلاثة كما لو قال لفلان على دراهم وفى المنتقى ولو رهنه رهنا على ان يقرضه ولم يسم القرض قال يعطيه المرتهن ماشاء فان قال أعطيك فلسا قال محمد رحمه الله تعالى لا استحسن أقل من درهم لانه مقبوض على سوم الرهن ولا تسمية فى القرض فلا يمكن اعتبار قيمته اذ لا تقدير فى القرض فيعطيه ماشاء لان الابهام جاء من قبله ولا يصدق فى أقل من درهم لان العادة لم تجر فى اقتراض أقل من درهم وهذه المسئلة مذكورة فى عيون مسائل لابى الليث أيضا وذكر المعلى عن أبى يوسف رحمهما الله تعالى او قال رجل اقرضنى وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فاخذ الرهن فضاع ولم يقرضه قال عليه قيمة الرهن ولو رهن ثوبا فقال امسكه بعشرين درهما فهلك الثوب عند المرتهن قبل ان يعطيه شيأ فعليه قيمة الثوب الا ان تجاوز قيمته عشرين لان الرهن مضمون باقل من قيمته ومن الدين رهن دابتين على ان يقرضه مائة وقيمة أحدهما خمسون والاخرى ثلاثون فقبض وقبض التى قيمتها خمسون فهلكت يرد خمسين لانه مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض بجهة البيع فان بدا له ان يأخذ الاخرى ويقرضه له ذلك ولا يجبر على القرض لان الرهن لازم من جانب الراهن فما شرط على الراهن فى الرهن يكون لازما وفى حق المرتهن غير لازم فما شرطه على المرتهن لا يكون لازما والقرض مشروط على المرتهن فيكون لازما فى حقه ولو هلكت احداهما عند الراهن واختلفا فى قيمة التى هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن لان الراهن يدعى على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر فان بقيت احداهما ينظر الى قيمة الباقى فتظهر قيمة الهالك فلا يلتفت الى اختلافهما لانه أمكن معرفة ماوقع التنازع فيه لامن جهتهما ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى رجل رهن رجلا ثوبا فقال له ان لم أعطك كذا وكذا فهو بيع لك بمالك على قال لا يجوز وقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن هو هذا ولو رهن الغاصب بالمغصوب رهنا والمغصوب قائم فى يده وهو مقر به ثم رده على المغصوب منه ثم هلك الرهن عند المرتهن فالمغصوب منه ضامن الاقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن لانه أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب دينا يدفع به رهنا ولكنه لما رهنه صار رهنا وان لم يكن صحيحا ولو اختلف الراهن والمرتهن فى قيمة الرهن بعد هلاكه فالقول للمرتهن والبينة للراهن لان الراهن يدعى عليه زيادة وهو ينكر فكانت بينته أكثر اثباتا ادعى عبدا فى يد غيره انه عبده رهنه من فلان وقبضه فلان وذو اليد يقول هو عبد لى يقضى للمدعى لان ذا اليد انتصب خصما للمدعى لانه ادعى الملك لنفسه ويوضع على يد عدل حتى يحضر الغائب بخلاف مالو أقر بالملك للغائب فقد أقر انه ليس له حق الامساك لانه يتصور ان يكون ممسكا لملك الغير بحكم النيابة ولو ادعى المرتهن هذا او الرهن غائب يدفع اليه اذا قال غصبه ذو اليد وأخذتها منى بعارية أو اجارة لانه ادعى فعلا على ذى اليد وأنكر ذو اليد فينصب خصماله فلو لم يدع على ذى اليد الاخذ من يده لا يدفع اليه لانه لم يثبت الاخذ من يده كما لو ادعى عينا فى يد انسان انها ملكه اغتصبها منه وأقام ذو اليد البينة على انها وديعة عنده لفلان تقبل بينة المدعى لانه ادعى فعلا عليه فانتصب خصماله فان لم يدع الاخذ من يده لا تقبل بينته ولا ينتصب خصما فكذا هذا أقر المرتهن ان فى يده رهنا قيمته ألف ثم جاء بما يساوى مائة فقال لم أرهنك هذا فالقول له اذا تراجع سعر ما يساوى ألفا الى مائة فالقول للمرتهن لانه اذا عرف تغير السعر فالظاهر شاهد للمرتهن ولو قال رهنتك وهو مسلم وقال المرتهن وهو كافر فالقول للمرتهن والبينة للراهن وكذلك القصاص والسرقة لان الراهن يدعى عليه الايفاء أو زيادة الايفاء وهو ينكر فيكون القول له قال المرتهن أخذت المال ورددت الرهن وأنكر الراهن الرد فالبينة للراهن لان بينة الرهن تثبت الضمان على المرتهن لان ضمان الرهن والاستيفاء لم يكن ثابتا بالقبض السابق لان قبض الرهن قبل الهلاك كان استيفاء فى حق الحبس لا فى حق ملك الغير وبالهلاك يصير قبض الاستيفاء فى حق ملك الغير فلم يكن ضمان الاستيفاء ثابتا قبل الهلاك فكانت بينته مثبتة الضمان وبينة الراهن نافية فكانت المثبتة أولى بخلاف مالو أقام الغاصب البينة على رد المغصوب وأقام المالك البينة على الهلاك فبينة الغاصب أولى لان ضمان الرد كان واجبا بالغصب السابق لانه أوجب رد العين حال قيامها ورد القيمة حال هلاكها فبينة الغاصب مثبتة البراءة عن الضمان وبينة المالك نافية للبراءة

فكانت

فكانت المثبتة أولى دفع الى آخر قلبا ليرهنه له عند رجل بعشرة و وزن القلب عشرون فامسكه فاعطاه عشرة من عنده وقال رهنته ولم يقل رهنته عند آخر فهلك القلب فان تصادقا يرجع بالعشرة وكان أمينا فى القلب وان تجاحدا فقال أقررت بانك رهنته فلا شئ له يقبل قوله بعد ان يحلف ما يعلم انه أمسكه لان الوكيل أقر أولا انه رهنه فاذا قال لم أرهن فكانه قال كذبت فيما أقررت به فانكر المقر له فيكون القول للمقر له كما فى سائر الاقارير فلا يرجع بالعشرة لانه يثبت الرهن وقد هلك فصار الآمر موفيا العشرة بهلاك الرهن وانما يستحلف لان المقر ادعى ما يحتمله اقراره لانه يحتمل انه لم يرهن غيره و رهنه من نفسه فلم يصر مناقضا الا انه خلاف الظاهر فاذا طلب يمين المقر له يستحلف كما لو أقر بالبيع ثم قال كان تلجئة أو كان فيه خيار شرط فان قال الآمر للوكيل أقررت انك رهنته ثم أقررت انك لم ترهنه فناقضت فانت ضامن فله ان يضمنه قيمة القلب من الذهب ويضمن له العشرة ظعن عيسى وقال الاوجه ضمان القيمة لانهما لو تصادقا انه لم يرهنه لا يضمن فكذلك اذا تصادقا انه رهنه فانه لا يضمن بالارهان ولا يتركه والجواب انه يضمن بجحود الامانة لانه ثبت جحوده بالاقرارين لانه لما قال رهنته فقد أقر انه لم يكن فى يده لان الرهن لا يتم الا بالتسليم فلما قال لم أرهنه صار قائلا انه كان عندى وفى يدى وهذا هو معنى الجحود ومن جحد امانة فى يده ضمنها وصار كالمودع اذا قال ليس عندى ثم قال كان عندى ضمن فكذا هذا قال رحمه الله ﴿وله ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به﴾ أى للمرتهن ان يطالب الراهن بدينه و يحبسه به وان كان بعد الرهن فى يده لان حقه باق والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع المطالبة وكذا لا يمتنع الحبس به لانه جزاء الظلم وهو المماطلة على ما بيناه فى القضاء مفصلا وقال الكرخى فى مختصره وللمرتهن مطالبة الراهن بدينه اذا كان مالا ولا يمنعه الارتهان به من ذلك ولا كون الرهن فى يده وكذلك اذا كان مؤجلا وحل فانه لا يمنع حبسه كذا فى العينى على الهداية قال رحمه الله ﴿ويؤمر المرتهن باحضار رهنه والراهن باداء دينه أولا﴾ أى اذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن أولا ليعلم انه باق ولانه قبض الرهن قبل الاستيفاء ولا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يؤدى الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن وهو يحتمل ولو قال باحضار رهنه لو فى يده لكان أولى ليخرج ما اذا كان فى يد عدل فانه لا يؤمر باحضاره كما سنبين واذا أحضر المرتهن الرهن أمر الراهن بتسليم الدين أولا وهو المراد بقوله والراهن باداء دينه أولا ليتعين حق المرتهن فى الدين كما تعين حق الراهن فى حق الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشترى الثمن الاول لما ذكرنا وان طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه فان كان الرهن لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها فى حقه كبقعة واحدة فى حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء كما فى باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة فيستوفى دينه ولا يكلف احضار الرهن لان الواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به زيادة ضرر لم تلزمه فى العقد ولو باع الرهن لا يكلف المشترى احضار الرهن لانه لا قدرة له عليه لان بيعه بامر الراهن صحيح وصار الرهن دينا فصار كانه رهنه الراهن وهو دين ولو قبض الثمن يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل والذى يقبض الثمن هو البائع مرتهنا كان أو عدلا لانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع اليه ولا يكلف احضار الرهن باستيفاء كل الدين بل يكلف باستيفاء نجم قد حل اذا ادعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما اذا لم يدع الراهن هلاكه لانه لا فائدة فى احضاره مع اقراره وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل خطا العبد الرهن حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن وفيما تقدم صار دينا بفعله ولا بد من احضار جميع القيمة لانه يقوم مقام العين لكونها بدلا عنها ولو وضع الرهن على يد عدل وأذن بالايداع ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضاره لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته وكذا لو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى فى يده الرهن يقر بالوديعة من العدل ويقول لا أدرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض وكذا اذا غاب العدل ولا يدرى أين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذى أودعه العدل الرهن بان قال هو مالى حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت انه رهن لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فتحقق الاستيفاء فلا يملك المطالبة به وفى الفتاوى الغياثية ولو رهن الذمى خمرا عند مسلم كان مضمونا عليه بالدين اهـ وفى الينابيع لو تزوج امرأة على دراهم أو دنانير بعينها وأخذ بها رهنا لم يصح عندنا خلافا لزفر قال رحمه الله ﴿فان كان الرهن فى يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقبض الدين﴾ أى لو أراد الراهن أن يبيع الرهن لكى يقضى بثمنه الدين لا يجبر المرتهن أن يمكنه من البيع

حتى يقبض الدين لان حكم الرهن الحبس الدائم الى أن يقضى الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل فلو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع قال رحمه الله ﴿فاذا قضى سلم الرهن﴾ أى اذا قضى الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن اليه لزوال المانع من التسليم لوصول حق المرتهن اليه فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه الى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك انه صار مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وهذا لانه بايفاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يرده الى صاحبه فيكون مضمونا على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه الى الراهن أو يبرئه المرتهن عن الدين وكذا لو فسخا الرهن لا ينفسخ مادام فى يده حتى كان للمرتهن أن يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفى دينه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحسانا لانه لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا بامرين بالقبض والدين فاذا فات أحدهما لم يبق رهنا وقد قدمناه مفصلا قال رحمه الله ﴿ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما وسكنى ولبسا واجارة واعارة﴾ لان الرهن يقتضى الحبس الى أن يستوفى دينه دون الانتفاع فلا يجوز الانتفاع الا بتسليط منه وان فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن بالتعدى قال فى المبسوط وليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون الا باذن الراهن فاذا أذن له جاز أن يفعل ما أذن له فيه ولو فعل من غير اذن صار ضامنا بحكم الرهن وقابضا بحكم الغصب وان ترك الاستعمال عاد لكونه رهنا ولو استعمل الرهن باذن المرتهن فان هلك حالة الانتفاع لم يسقط من الدين شئ لانه بالاذن صار مقبوضا بحكم العارية وان خالف وهلك فى حال الاستعمال يضمن ضمان الغصب وفى المنتقى لو أودع المرتهن المرهون باذنه وهلك فى يد المودع لم يسقط الدين كما لو أعاره من غيره باذن الراهن فقد خرج من ضمان المرتهن وله أن يسترده لان الرهن عقد قائم ولكن حكمه وهو الضمان مرتفع فى زمان الايداع لما بينا ولو أجره من أجنبى سنة بغير اذن الراهن وانقضت السنة ثم أجاز الراهن الاجارة لم تصح لان الاجارة لاقت عقدا منتفيا مفسوخا وللمرتهن أن يأخذها حتى يصير رهنا كما كان وان أجاز بعد مضى ستة أشهر جاز ونصف الاجرة للمرتهن يتصدق به ونصفها للراهن وليس للمرتهن أن يعيدها فى الرهن كما بيناه وذكر أبو الليث فى العيون ولو أعار المرتهن من الراهن ثم مات الراهن فانه يرجع الى المرتهن ولا يكون أسوة الغرماء لان الرهن لم ينفسخ بالاعارة فيكون الرهن فى يد المستعير لكونه فى يد المعير فكان مقبوضا له وبالموت انفسخت الاعارة فعادت يد المرتهن كما كانت ولو ارتهن جارية ثم أعارها الراهن فولدت عند الراهن ثم ماتت فللمرتهن أن يعيد الولد بحصته لان الرهن لم ينتقض باعارة الرهن من الراهن فيسرى الى الولد والله تعالى أعلم وفى المنتقى واذا كان الرهن ثوبا فاذن له الراهن فى لبسه يوما ثم جاء به متخرقا فقال المرتهن تخرق من لبسه من ذلك اليوم فقال الراهن لم يتخرق من لبسك ولم تلبسه فالقول قول الراهن لان المرتهن ادعى البراءة عن الضمان لاستعمال الثوب باذن الراهن وهو ينكر فيكون القول له فاذا أقر الراهن انه لبسه فى ذلك اليوم وتخرق قبل لبسه أو بعده فالقول قول المرتهن انه تخرق من لبسه والبينة بينة الراهن لان الظاهر شاهد للمرتهن لان فعله وهو اللبس سبب التخرق ظاهرا وغيره موهوم فيه فيحال التخرق فى السبب الظاهر دون الموهوم والله تعالى أعلم ولم يتعرض المؤلف للسفر بالعين المرهونة ولا لما اذا أعير الرهن للمرتهن قال فى الغياثية وللمرتهن أن يسافر بالرهن اذا كان له حمل ومؤنة أو لم يكن وعن محمد أنه كالوديعة رهن المرتهن وارتهانه موقوف ولو رهن عبدا مريضا فقتل فالدين على حاله خلافا لهما وكذا اذا قتل قصاصا بعمد أو بسرقة ويصدق المرتهن أنه كان هكذا ولو احترق النخل ذهب بحصته. وفى الخانية رهن عبدا وغاب ثم ان المرتهن وجد العبد حرا فان كان العبد أقر بالرق عند الرهن لم يرجع المرتهن بدينه عليه أخذت المرأة بصداقها المسمى رهنا يساوى صداقها ثم وهبت صداقها من الزوج أو أبرأته كان عليها رد الرهن الى الزوج فان هلك الرهن عندها يهلك بغير شئ ولو اختلعت المرأة من زوجها بعد ما وهبت مهرها كان عليها رد الرهن ولا يبطل الرهن بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما وبقى الرهن رهنا عند الورثة وسيأتى له مزيد بيان قال رحمه الله ﴿ويحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله﴾ معناه أن يكون الولد أيضا فى عياله لان عينه أمانة على ما بينا فصار كالوديعة وأجيره الخاص كولده الذى فى عياله وهو الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى أن المرأة لو دفعته الى زوجها لا تضمن قال فى المنتقى الاصل أن المرتهن أو المستأجر متى أمسك العين للحفظ لا يضمن ومتى أمسكها للاستعمال يضمن فالحد الفاصل بينهما هو أنه متى أمسك الشئ فى موضع لا يمسك فيه الا للاستعمال والانتفاع فى ذلك الموضع فهو استعمال واذا أمسكه فى موضع لا يمسكه

فيه

فيه للاستعمال فهو حفظ فعلى هذا قالوا اذا تسورت بالخلخال أو تخلخلت بالسوار أو تعمم بالقميص أو وضع العمامة على العاتق فهذا كله حفظ وليس باستعمال لان الاستعمال للامساك فى موضع لا يمسك للاستعمال فكان الامساك للحفظ واذا تسوّر بالسوار وما أشبهه ضمن لان الامساك وجد فى موضع للاستعمال فكان استعمالا وحفظا وروى عن محمد رحمه الله تعالى الرهن اذا كان خاتما فتختم به فى الخنصر اليمنى يضمن لان من الناس من يتختم فى يمينه للزينة وان تختم فوق خاتم فى ذلك الاصبع لا يضمن قيل لمحمد ان الناس يستعملون خاتمين فى خنصر واحد قال انما يستعملونه للختم لا للزينة قال مشايخنا وهذا فى بلادهم وأما فى بلادنا فقد يستعملون الثانى للزينة قال مشايخنا فيجب أن يضمن وان تختم فى أصبع غير الخنصر لا يضمن لانه لا يستعمل كذلك قط استعمال الزينة قال بعض مشايخنا اذا تختم وجعل الفص مما يلى الكف لم يضمن وكان حفظا لا استعمالا الوكيل يقبض الدين اذا أخذ الرهن ممن عليه الدين فضاع عنده أو الوصى اذا أخذ رهنا من غريم للميت بدين عليه والورثة كبار فضاع عنده قال محمد رحمه الله تعالى لا ضمان عليه لانه لم يل الاقراض والاداء وانما قبضه على أن يكون أمينا فيه لصاحب الدين قال رحمه الله ﴿وضمن بحفظه بغيره وبايداعه وتعديه قيمته﴾ لما بينا ان عينه وديعة والوديعة تضمن بهذه الاشياء لكونه متعديا بها فيضمن جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن للمودع الثانى فهو على الخلاف الذى بيناه فى مودع المودع فى كتاب الوديعة ثم ان قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء اذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته وتكون رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم أصله فاذا حل الاجل أخذه بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان رهنا عنده الى أن يقضيه دينه لانه بدل الرهن فأخذ حكمه ولو رهن خاتما عند امرأة فجعلت خاتما فوق خاتم تضمن لان النساء يلبسن كذلك فيكون من باب الاستعمال بغير اذن المالك وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن ولو وضعه على عنقه لم يضمن وفى الواقعات رجل رهن عند رجل خاتما وقال للمرتهن تختم به ان أمره أن يتختم به فى الخنصر فهلك فى حال التختم يهلك بالدين لانه أمر بالحفظ لا بالاستعمال وفى الذخيرة هو الصحيح ولو رهن سيفين فتقلدهما ضمن قال فخر الدين والفتوى على أنه يضمن وفى الثلاثة لا يضمن لان العادة جرت بين الشجعان بتقليد السيفين فى الحرب دون الثلاثة وفى المحيط ولو باع المرتهن زوائد الرهن بغير اذن الراهن أو القاضى لم يجز بيعه ويضمن قيمته وان خاف تلفه فجذ الثمار وحلب اللبن جاز استحسانا لانه نوع من الحفظ فان خاف تلفه عنده فامسكه يرفع الامر الى القاضى حتى يبيعه أو يأذن له فى البيع ان كان المالك غائبا وان كان حاضرا يرجع اليه ولو كان المرتهن بعيدا من القاضى والمالك وخاف التلف فباعه بنفسه لم يضمن هكذا روى عن محمد لانه مأذون له فى مثل هذه الحالة فى البيع دلالة وليس للمرتهن ولا للراهن أن يزرع الارض ولا أن يؤجرها لانه ليس له الانتفاع بالرهن قال رحمه الله ﴿وأجرة بيت الحفظ وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقته والخراج على الراهن﴾ والاصل فيه أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن لنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى فضل أو لم يكن لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون أصلا وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعى مثله لانه علف البهائم ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكرى النهر وكسر النهر وسقى البساتين وتلقيح نخيله وجذاذها والقيام بمصالحه وفى النوازل أبى الراهن أن ينفق على الرهن فالقاضى يأمر المرتهن بالنفقة فاذا قبض الدين فللمرتهن أن يحبسه على النفقة فان هلك فى هذه الحالة فالنفقة على الراهن وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن أو لرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فتكون مؤنته عليه وكذلك أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن وعن أبى يوسف أن أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة ومن هذا القسم جعل الآبق اذا كان كله مضمونا لان يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ويحتاج الى اعادة يد الاستيفاء ليرده على المالك فكانت من مؤنة لرد فتكون عليه وان كان بعضه أمانة فبقدر المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن ولان الرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فتكون على المالك بخلاف أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن فان كلها تجب على المرتهن كيفما كان لان وجوبها لاجل الحبس وحق الحبس ثابت له فى الكل وأما الجعل فلأجل الضمان فيتقدر بقدره والمداواة والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن لانه مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه ألا ترى

أنه لو باع الخارج كله فى غير الرهن قبل أداء العشر يجوز فكذا له أن يخرج بدل العشر من مال آخر وان كان ملكه ثابتا فيه بقى رهنا على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن فى الباقى لانه تبين بالاستحقاق أنه لا يملك قدر المستحق فكان الرهن شائعا من الابتداء وتبين أن الرهن كان باطلا ولا كذلك وجوب العشر لان وجوبه لا ينافى ملك الراهن لا فيه ولا فى غيره ثم اذا أخرج منه العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه فى الوقت فلم يوجب شيوعا فى الباقى لا طارئا ولا مقارنا وما أداه أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضى فهو متطوع كما اذا قضى دين غيره بغير أمره وان كان بامر القاضى وجعله دينا على الآخر رجع عليه وبمجرد أمر القاضى من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضى لانه يمكنه أن يرفع الامر الى القاضى فيأمر صاحبه بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يرجع فى الوجهين وهو فرع مسئلة الحجر لان القاضى لا يلى على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه وفى المحيط والعشر والخراج على الراهن اه ولم يذكر المؤلف الدعوى والشهادة فى الرهن ودعوى الرجلين الرهن أو أحدهما قال فى المبسوط مسائله على فصول فصل فى اختلافهما فى الرهن وفصل فى اختلاف الشاهدين فى النطق وفصل فى شهادة الراهنين والمرتهنين بالمرهون لغيره وفصل فى اقامة الواحد البينة على رجلين فى الرهن قال الراهن رهنتك هذه العين وقبضتها منى وأقام البينة والعين قائمة فى يد المرتهن وهو ينكر أو قال بل رهنتنى عينا أخرى فأقاما البينة تقبل بينة المرتهن والقول له ولا تقبل بينة الراهن لان بينة المرتهن تثبت الحق لنفسه وبينة الراهن تثبت الحق لغيره وهو ملك اليد والحبس وبينة من يثبت الحق لنفسه أولى ولأنه لا فائدة فى قبول بينة الراهن لان المرتهن رد ذلك فان الرهن غير لازم واذا كانت العين هالكة فالبينة للراهن اذا كان ما يدعيه الراهن أكثر لان بينته تثبت زيادة أقام الراهن البينة أنه رهنه عبدا بألف يساوى ألفين وقبضه وأنكر المرتهن يضمن قيمته كلها النصف يسقط بدينه ويؤخذ بالنصف لانه بجحده فصار ضامنا بالجحود كالمودع بجحد الوديعة يصير ضامنا للوديعة وكذلك ان سكت المرتهن ولم يقر ولم يجحد لان السكوت جحود حكما ألا ترى لو أخرشيأ فسكت يسمع عليه كما لو جحد ولو قال المرتهن تساوى خمسمائة لا يسمع قوله لانه خلاف ما قامت عليه ولو قال المرتهن رهنتنى هذين الثوبين وقال الراهن أحدهما بعينه فالقول للراهن والبينة للمرتهن لان المرتهن يدعى عليه زيادة رهن وهو ينكر الرهن رهن عبدا والدين ألف فذهب عين العبد وهو يساوى ألفا فقال الراهن كانت هذه قيمته يوم رهنتك فقد ذهب نصف حقك وقال المرتهن بل كانت خمسمائة يومئذ وازدادت من بعد فالقول للراهن والبينة له أيضا لان القيمة للحال ألف فيكون الحال شاهد الماضى كمن استأجر طاحونة واختلفا فى جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال فكذا الراهن بينته تثبت أكثر القيمتين وبينة المرتهن تنفى فكانت المثبتة أولى واذا أنكر المرتهن الرهن فشهدت احداهما انه رهنه بألف والاخرى بألفين لا تقبل لان الدين بهذه الاشياء لم يثبت عند أبى حنيفة رحمه الله لان اختلاف الشاهدين فى المشهود به يمنع قبول الشهادة عنده واذا لم يثبت الدين لم يثبت الرهن لان صحته منوطة بالدين وعندهما هو رهن بالاقل لانه يثبت دين ألف بهذه الشهادة عندهما اذا كان المدعى يدعى أكثر المالين ادعى الراهن الرهن بمائة وخمسين وهى قيمته وشهد أحدهما بذلك والآخر بمائة وقال المرتهن عليه مائة وخمسون وهذا رهن بمائة منها فالقول للمرتهن والبينة للراهن لانه يثبت الدين وهو مائة وخمسون لتصادقهما عليه لا بالبينة وتصادقا ان العين رهن بمائة فصار رهنا بمائة بتصادقهما على ذلك الا ان بينة الراهن أكثر اثباتا لانه يثبت زيادة ايفاء على المرتهن أقام البينة انه استودعه وهو أقام البينة انه ارتهنه تقبل بينة المرتهن لان الرهن جاء لازما وفيه ضمان ولا لزوم ولا ضمان فى الوديعة فكانت بينة الراهن أكثر اثباتا ولانه أمكن العمل بالبينتين بان يجعل كانه أودعه ثم رهنه لان الرهن يرد على الايداع وأما الايداع لا يرد على الرهن الا برضا المرتهن الراهن أقام البينة على الرهن والآخر على البيع جعل بيعا لان البيع لازم من الجانبين والرهن غير لازم من جانب المرتهن والبيع يوجب الملك للحال والرهن لا فكانت بينة البيع أكثر اثباتا ولانه أمكن العمل بالبينتين بان تجعل كانه رهن أولا ثم باع لان البيع يرد على الرهن والرهن لا يرد على البيع وكذلك لو ادعى المرتهن الهبة والقبض يؤخذ ببينة الهبة لان الهبة توجب الملك للحال كالبيع ادعى الشراء والقبض والآخر ادعى الرهن والقبض يحكم بالشراء اذا كان فى يد الراهن فان علم بتقدم الرهن جعل رهنا لان للمرتهن ٧ قبضا معاينا ولا ينقض بالشك كما لو ادعيا الشراء من واحد ولاحدهما قبض معاين وأقاما البينة فصاحب القبض أولى ولو شهد الراهنان بان المرهون ملك آخر لا تقبل لانهما بهذه الشهادة يجران لانفسهما نفعا ومغنما لانهما يريدان ابطال حق المرتهن عن الرهن عليهما وفى ابطال حق المرتهن عن الرهن نفع لهما فى الجملة فتمكنت الشبهة فى شهادتهما

فلا تقبل ولان هذه الشهادة فى معنى الاقرار لانهما يشهدان على أنفسهما لانهما يسعيان فى نقض عقد قديم وشهادة الانسان على نفسه اقرار فهذا اقرار يتضمن ابطال حق المرتهن فلا يصح فى حق المرتهن كما لو أقر صريحا ولو شهد المرتهنان تقبل لانهما لا يجران الى أنفسهما مغنما ولا يدفعان مغرما بل يضران بانفسهما متى كان الرهن قائما وان كان هالكا لا تقبل شهادتهما لانهما يمنعان عن أنفسهما مغرما لان بهلاك الرهن سقط الدين وبرئ الراهن عن الدين ظاهرا ومتى قبلت شهادتهما لم يصح الرهن فلا يسقط حقهما باع رجلان متاعا بألف درهم من رجل على ان يرهنهما عبدا بعينه ثم شهدا ان العبد لرجل وقالا رضى أن يكون دينا بالرهن تقبل شهادتهما لانهما يشهدان على أنفسهما بابطال حقهما فى الحبس ولا يجران الى أنفسهما مغنما ولا يدفعان مغرما ولا يسعيان فى نقض عقد ولو طلبا لا تقبل لانهما يشهدان لانفسهما برهن ويسعيان فى نقض عقد تم بينهما وليس لهما النقض ادعيا على رجل أن كل واحد له الرهن فهى على قسمين اما اذا كان الرهن فى يد أحدهما أو فى أيديهما أو فى يد الراهن والدعوى منهما حال حياة الراهن أو بعد وفاته وقد أرخا ذلك كله أو لم يؤرخا فان كان الرهن فى يد أحدهما ولم يؤرخا فهو أولى لانه قد ترجحت بينة ذى اليد باليد لان يده تدل على انه سبق ارتهانه ولان يده صحيحة من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها الا ان يعلم بطلانها كما لو ادعيا الشراء من واحد والمبيع فى يد أحدهما فان أرخا يقضى لاسبقهما تاريخا لان البينة التى آخرهما تاريخا غير مقبولة لانها اقامت على رهن فاسد وكان الذى هو أسبق انفرد باقامة البينة وان لم يؤرخا لا يقضى لهما قياسا وبه نأخذ وفى الاستحسان لكل واحد نصفه بنصف حقه لان رهن كل واحد منهما انبذ بينتهما معا فصح الرهن فصار العبد محبوسا بحق كل واحد منهما على الكمال هذا كله فى حال حياة الراهن فاما بعد وفاته لو أقام كل واحد البينة على ارتهانه منه يقضى لكل واحد بنصفه رهنا بنصف حقه يباع فيه عندهما وبقى للغرماء وقال أبو يوسف لا يقضى لهما بشئ وهو قول الغرماء بالحصص قياسا لان القضاء بالرهن منهما قضاء برهن مشاع وانه باطل كما فى حالة الحياة لهما ان القصد مطلوب بحكمه لا بعينه لانه شرع ليكون وسيلة وذريعة الى حكمه وحكمه الرهن بعد الموت فى حق هذا الحكم بخلاف حال الحياة لان ثمة المقصود من الرهن هو ملك اليد والحبس ولا يملك اثنان اليد والحبس فى المشاع دائما فلا يمكن القضاء بالرهن وأما القسم الثانى لو ادعيا الرهن من اثنين فأقام كل واحد البينة على الارتهان من آخر والرهن فى يد أحدهما فلا يخلو اما ان يكون الراهنان غائبين أو كانا حاضرين أو أحدهما حاضر والآخر غائب فان كانا غائبين فذو اليد أولى وان كان الخارج أسبق تاريخا لان بينة الخارج لا تسمع لانها لم تقم على خصم لان ذا اليد اثبتت بينته كونها رهنا فى حق ما فى يده والمرتهن لا ينتصب خصما على المالك كالمودع فكان الشئ رهنا فى يد ذى اليد كما يدعيه فان كان الراهنان حاضرين فالخارج أولى لان كل واحد من الراهنين ينتصب خصما لصاحبه لانه يدعى انه ملكه ورهنه من المدعى ويجعل اقامته البينة من المرتهنين وهما يحتاجان الى اثبات ملك الراهنين ليصح رهنهما بمنزلة ما لو أقام الراهنان البينة على الملك المطلق والشئ فى يد أحدهما كان الخارج أولى فكذا هذا وان كان راهن الخارج حاضرا وراهن ذى اليد غائبا فذو اليد أولى لان المرتهن لا ينتصب خصما لمن يدعى ملكا فى الرهن كالمودع فبينة الخارج قامت لا على خصم وان كان راهن ذى اليد حاضرا وراهن الخارج غائبا فكذلك طعن عيسى رحمه الله تعالى وقال حضرة راهن ذى اليد تكفى للقضاء للخارج لان راهن ذى اليد انتصب خصما للخارج لانه يدعى الملك لنفسه والرهن من ذى اليد والخارج مرتهن والمرتهن بمنزلة المودع والمودع ينتصب خصما فيما يستحق لصاحبه لانه من باب الحفظ كما لو ادعى انسان على المودع ان ما فى يده من الوديعة لفلان آخر غائب أودعه اياه وأقام البينة على ذلك تقبل فكذا هذا والجواب عنه ان المرتهن كما يثبت الملك لراهنه يدعى دينا وهو غائب وليس عنه خصم حاضر فلا تقبل بينته على اثبات الدين فلا تقبل على اثبات الرهن أيضا لان الرهن لا يصح بدون الدين بخلاف المودع لانه لم يدع على مودعه شيأ بل يدعى الملك له فينتصب خصما فى اثبات الملك له ولو ادعى واحد على رجلين الرهن وأقام البينة على أحدهما انه رهنه المتاع ويجحدان الرهن يستحلف من لم يقم عليه البينة فان حلف رد الرهن عليهما لانه لم يثبت الرهن فى حقه فلا يقضى به فى نصيب الآخر لانه لا يكون قبضا بالرهن فى نصف مشاع وذلك لا يجوز فان نكل ثبت عليهما على الناكل بالنكول وعلى الآخر بالبينة وان كان المرتهن اثنين والراهن واحد فاقام أحدهما البينة انى ارتهنت وصاحبى بمائة وأنكر الراهن والمرتهن الآخر الرهن يرد على الراهن عند أبى يوسف وعند محمد يقضى به رهنا ويجعل فى يد المرتهن الذى أقام البينة وعلى يد عدل فان قضى الراهن المرتهن المقيم البينة فله أخذ الرهن فان هلك الرهن ذهب نصيبه لا نصيب الجاحد ولا رواية عن أبى حنيفة

رحمه الله فيه لمحمد انه لا يمكن المدعى اثبات الرهن على الراهن الا بعد اثباته على صاحبه لان الرهن من اثنين لا يصح الا بقبولهما جميعا فكان الرهن من صاحبه سببا لثبوت الرهن فى حقه ومن أنكر سبب ثبوت حق انسان ينتصب خصما له فقامت البينة على خصمه كما لو ادعى عينا فى يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب تقبل بينته على ذلك ومتى ثبت الرهن منهما يوضع فى نوبة الجاحد على يد عدل لان الرهن فى حق الجاحد غير ثابت فى حق المدعى والراهن ما رضى بحفظ المدعى وحده ولابى يوسف رحمه الله ان ما يدعيه على صاحبه ليس سببا لثبوت حقه بل هو شرط لثبوت حقه لا قول صاحبه فلا يمكنه اثبات قول صاحبه وهو جاحد كما لو ادعيا رهنا من اثنين وهو فى يد أحدهما وراهن ذى اليد حاضر لا تقبل بينة الخارج على اثبات الرهن على الغائب كما بيناه فكذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال رحمه الله ﴿ولا يجوز رهن المشاع﴾ يعنى لا يصح رهن المشاع فظاهره انه لا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة قال صاحب العناية رهن المشاع قابل القسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به الضمان وليس بصحيح لان الباطل منه فيما اذا لم يكن الرهن مالا ولم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال الامام الشافعى رضى الله عنه يجوز لان موجبه عنده بيعه والمشاع لا يمتنع بيعه ولنا ان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدائم ولا يتصور الحبس الدائم فى المشاع لانه يبطل بالمهايأة فيصير كأنه رهنه يوما ويوما لا ولهذا يستوى فيه ما يقبل القسمة وما لا يقبلها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان موجبها الملك ولا يمتنع بالشيوع ولا يجوز من شريكه أيضا لان ثبوت اليد فى المشاع لا يتصور ولانه لو جاز لامسكه يوما بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير كأنه رهنه يوما ويوما لا بخلاف الاجارة حيث تجوز فى المشاع من الشريك لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وعن أبى يوسف لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وفى مثله يستوى الابتداء والبقاء كالحرية فى باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع فى الابتداء لنفى الغرامة على ما عرف ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الموهوب ولا يصح الفسخ فى بعض المرهون قال فى المحيط ولا يجوز ما هو مشغول بحق الغير ولو رهن عبدا نصفه بستمائة ونصفه بخمسمائة لم يجز لانه لما سمى النصف بدلا على حدته صار صفقتين كأنه رهن كل نصف بصفقة فى الابتداء فوقع شائعا فلا يجوز وهذا يفيد ان المانع هو الاشاعة فى العقد لظاهر قوله فيصير تفريعا الى آخره مع ان المانع الاشاعة عند القبض فلو قال ولا يجوز رهن المشاع عقدا وقبضا لكان أولى ولو رهن قلبا وزنه عشرون درهما بعشرة دراهم فكسره فانه يضمن نصف القلب ويصير شركة بينهما بصورة الشيوع الطارئ قال رحمه الله ﴿ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع فى الارض دونها ولا نخل فى الارض دونها﴾ لان القبض شرط فى الرهن على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل وحده فصار فى معنى المشاع وعن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ان رهن الارض دون الشجر جائز لان الشجر اسم للنبات فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فتكون الارض جميعا رهنا وهى مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخل بمواضعها جاز لانه رهن الارض بما فيها من النخل وذلك جائز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ويدخل فى رهن الارض النخل والتمر على النخل والزرع والرطبة والبناء والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل هذه فى بيع الارض سوى النخل لان بيع الارض بدون هذه الاشياء جائز فلا حاجة الى ادخالها فى البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع بها حيث لا يدخل فى الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع لها ولهذا لو باعها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها لا يدخل المتاع وهذه الاشياء تدخل وكذا تدخل هذه الاشياء فى رهن الدار والقرية لما ذكرنا ولو استحق بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وأخذه جاز وذلك بان يكون المستحق موضعا معينا لان رهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء وان كان الباقى لا يجوز ابتداء الرهن عليه بان استحق جزأ شائعا أو ما هو فى معنى الشائع كالتمر ونحوه بطل لانه تبين بالاستحقاق ان الرهن وقع باطلا ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهونة حتى اذا رهن دارا وهو فيها وقال سلمتها

اليك

اليك لايتم الرهن حتى يقول بعدما خرج من الدار سلمتها اليك لان التسليم الاول وهو فيها وقع باطلا لشغلها به ولا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه فيها او يمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذى عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حتى يكون رهنا اذا دفع الدابة اليه لان الدار مشغولة فصار كما اذا رهن متاعا فى دار أو فى وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخل حتى قالوا يدخل فى رهن الدابة من غير ذكر وفى التتمة سئل على بن أحمد عن رجل عمر عمارة على أرض السلطان كحانوت أو غيره ورهنه وسلم للمرتهن أخذ الاجرة قال لا يصح ولا يطيب للمرتهن قال وفى المحيط ولو رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها من الارض جاز لانه يمكن قبضها بما فيها بالتخلية قيد بقوله دونها لانه لولم يقل دونها لصح الرهن فى الكل ولو قال رهنتك هذه الارض أو هذه الدار يدخل فى الرهن كل ما كان متصلا بالمرهون من البناء والشجر والثمر والزرع والرطبة لان الرهن لا يجوز بدون ما يصل به فكان اطلاق العقد ينصرف الى ما فيه تصحيحه فيدخل فى الرهن تبعا تحريا للجواز ولو رهن الدار بما فيها صح اذا خلى بينه وبين الدار بما فيها ويصير الكل رهنا وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله سئل عن رهن عشرة من الكرد وقبضها المرتهن ثم تبين انه كان واحدة مسبلة وأخرى مشاعة بين الراهن وغيره كيف يبقى الرهن فى البواقى من الكرد الفارغة فقال فى البواقى الرهن صحيح والله أعلم حتى لو باع هذه الكردة الفارغة لا يجوز من غير اجازة المرتهن حتى يقضى بالدين وسئل عن بن أحمد والجندى عن الرجل استأجر دارا اجارة صحيحة وسلمها فارغة ثم ان المؤجر رهنها من المستأجر بقدر معلوم هل يصح هذا الرهن وهل تبقى الاجارة قال على بن أحمد تصير رهنا مع وجود القبض قال الجندى صح الرهن وانفسخت الاجارة وعن أبى حامد رجل دفع لرجل رهنا على ثمانمائة فدفع له ثلاثمائة بعد أن قبض الرهن وامتنع من دفع الباقى قال يكون رهنا بهذا القدر وسئل أبو يوسف عن الدار المرهونة اذا غصبت من انسان واتلف منها جزأ أو كلها يضمن ذلك المرتهن قال يضمن وكذا ذكره الحلوانى فى شرحه وسئل الجندى عن رجل رهن عند آخر وكفلت زوجته لرب الدين باذن الزوج فطالب رب الدين الكفيل بايفاء الدين فحبسه القاضى وعجز عن أدائه هل للقاضى أن يبيع الرهن قال على قول الامام لا وعلى قولهما نعم وسئل أبو الفضل عن رجل رهن عند آخر دارا الى سنة بدين على الراهن وقبض الدار هل يكون التأجيل مفسدا للرهن قال ان كان الاجل فى الرهن فسد وان كان فى الدين لا يفسد وهكذا فى الايضاح سئل عن المرتهن اذا مات وورثته يعرفون الرهن ولا يعرفون الراهن ويطلبون الخروج عن العهدة هل يكون حكمه حكم اللقطة قال يحفظ حتى يظهر المالك وفى التجريد لو رهن عبدين أو ثوبين ولم يسم لكل واحد شيأ من الدين يقسم الدين على قيمة تلك الاشياء فما أصاب كل واحد وهو مضمون باقل من قيمته ومما سمى أو رهن شاتين بثلاثين أحدهما بعشرة والاخرى بعشرين ولم يبين أيهما لم يجز لان بسبب هذه الجهالة تقع بينهما منازعة عند الهلاك فانه اذا هلكت احداهما لا يدرى ما يسقط من الدين باداء عشرة أو عشرين فيتنازعان فى ذهاب الدين بها فلو بين فهلك احداهما سقط من الدين بقدرها لانه لما بين حصة كل واحد منهما من الدين انقطعت المنازعة وفى المنتقى ولو قال رهنتك النخل باصوله جاز اذا سمى باصوله وان لم يسم باصوله لم يجز لانه لا يقوم الا باصوله فلا يمكن تسليمه بدونه وذكر الفقيه أبو الليث روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى رجل رهن عند رجل جارية لها زوج فالرهن جائز لان النكاح لا يوجب نقصا فى الرق والمالية وليس للمرتهن منع الزوج من غشيانها لانه رهنها وهى مشغولة بحق الزوج وحق المرتهن لا يتعلق بمنافع البضع فحق الزوج فيها لا يفسد الرهن فان وطئها الزوج فماتت من ذلك سقط الدين لان الوطء من الزوج ليس بجناية فاشبه الموت من المرض قال أبو يوسف رحمه الله تعالى ولو رهن جارية لا زوج لها فزوجها الراهن برضى المرتهن فهذا مثل الاول ولو زوجها بغير رضا المرتهن جاز النكاح لقيام ملكه فيها وللمرتهن ان يمنعه من غشيانها لان النكاح لم يعقد برضاه وثبوت حقه من الحبس سابق على تعلق حق الزوج فان غشيها فالمهر رهن معها وان لم يغشها لم يكن المهر رهنا معها لان له ان يمنعه من الوطء فان ماتت من غشيانها فان شاء المرتهن ضمن الراهن وان شاء ضمن الزوج فان ضمن الزوج يرجع على المولى ان كتم الرهن عنه لانه هو الذى أوقعه فيه وان لم يكن كتمه عنه لا يرجع ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله رجل أعتق ما فى بطن جاريته ثم رهنها المولى فالرهن جائز لانها مملوكة لمولاه وان ولدت فنقصتها الولادة لم يذهب من الدين شئ بنقصان الولادة لانه اذا رهنها وهى حامل والحمل لا بد له من الولادة والولادة لا تنفك عن النقصان عادة فهذا النقصان حصل بسبب

فى يد الراهن فلا يكون مضمونا على المرتهن ولو كان عليه دينار فدفع اليه دينارين فقال خذ أحدهما قضاء يكون لك قضاء قبل أن يأخذ فدينه على حاله وهو مؤتمن لانه لا يتصور الاقتضاء والاستيفاء الا بعد القبض وقبض المجهول لا يتصور ولو قال خذهما قضاء لك كان قبضا له بدينه ولا يشبه هذا الرهن قال رحمه الله ﴿ولا بالامانات وبالدرك وبالمبيع﴾ أى لا يجوز الرهن بهذه الاشياء أما بالامانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلان الرهن مضمون بما رهن به لكونه استيفاء فلا بد من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضمونا ويتحقق استيفاؤه من الرهن والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من عينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصار كالعبد الجانى والعبد المأذون له فى التجارة والشفعة غير مضمونة على المشترى بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لان الوجوب فيها يتقدر اذ الواجب فيها القيمة والعين مخاص على ما عليه الجمهور وللقيمة فيها شبهة الوجوب على ما قاله البعض فيكون رهنا بما تعذر وجوبه وسببه وأما الدرك فلان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فلا يستحق لا يجب على البائع رد الثمن وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال ان يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة به حيث تجوز لان الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملائم على ما عرف فى موضعه لانها التزام المطالبة والتزام الافعال معلقا أو مضافا الى المال جائز كما فى الصوم والصلاة وليس فيها شئ من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فانه استيفاء فيكون تمليكا والتمليكات بأسرها لا يجوز تعليقها ولا اضافتها فافترقا ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشترى يهلك أمانة لانه لا عقد حينئذ فوقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا بالف لتقرضنى وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب بل يتلوه ولا بد من سبق الوجود ليكون الاستيفاء مترتبا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمى ومن قيمة الرهن اذا سمى قدر الموعود وان لم يسم قدره بان رهنه على ان يعطيه شيأ فهلك الرهن فى يده يعطى المرتهن الراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيأ فيكون بيانه اليه كما لو أقر بذلك وعن أبى يوسف لو قال أقرضنى وخذ هذا رهنا ولم يسم شيأ وهلك يضمن قيمة الرهن بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن أبى يوسف انه تجب قيمة الرهن فى الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء وأما بالمبيع فلانه مضمون بغيره لانه مضمون بالثمن حتى اذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البائع شئ والرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شئ لانه اعتبار الباطل فلا يجب على المشترى شئ قال رحمه الله ﴿وانما يصح بدين ولو موعودا﴾ ولا يصح بغيره وقد بينا المعنى فيه وهو ان الرهن استيفاء والاستيفاء يتحقق فى الواجب وهو الدين ثم وجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة لما ذكرنا قال فى الهداية فاذا هلك الرهن بالموعود هلك بما يسمى من المال قال فى غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض ألا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ولو أخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك فى يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض اه قال تاج الشريعة فى شرح قول المصنف حيث قال هلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جريا على العادة اذ الظاهر أن يساوى الرهن الدين اه واقتفى أثره صاحب العناية أقول فيه قصور بين فان ما ذكر فى الكتاب كما يتمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن ٧ أ كثر من ذلك الدين فلا حاجة لتخصيصه بصورة المساواة فالحق ان يقال فى البيان هذا اذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكرهنا قوله حيث يهلك بما سمى له من الدين فى صورة الاطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك قال الفقيه أبو الليث فى الفتاوى رجل دخل المدينة ونزل خانا فقال صاحب الخان لا ينزل هنا أحد ما لم يعط شيأ فدفع اليه ثيابه فهلكت عنده ان رهنها من قبل الاجرة فالرهن بما فيه وان أخذها

منه

منه لانه ظنه سارقا فخشي منه يضمن صاحب الخان كذا قال عصام بن يوسف قال الفقيه أبو الليث وعندي أنه لا يضمن لانه لم يكن مكرها بالدفع اليه ولو رهن ثوبا فقال أمسكه بعشرين درهما فهلك الثوب عند المرتهن قبل ان يعطيه شيأ فعليه قيمة الثوب الا أن يجاوز قيمته عشرين لان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الرهن رهن دابتين على ان يقرضه مائة وقيمة احداهما خمسون والاخرى ثلاثون فقبض ماقيمتها خمسون فهلكت يرد خمسين لانه مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض بجهة البيع فان بداله أن يأخذ الاخرى له ذلك ولا يجبر على القرض لان الرهن لازم في جانب الراهن فما شرط على الراهن في الرهن يكون لازما وفي حق المرتهن فيه لا يكون لازما والقرض مشروط على المرتهن فلا يكون لازما في حقه ولو نفقت الاخرى عند الرهن واختلف في قيمة التي هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن لان الراهن يدعي على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر وان نفقت احداهما ينظر الى قيمة الباقي فتظهر قيمة الهالك فلا يلتفت الى اختلافهما لانه أمكن معرفة ماوقع التنازع فيه لا من جهتهما ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى رجل رهن رجلا ثوبا فقال له ان لم أعطك الى كذا وكذا فهو بيع لك بمالك علي قال لا يجوز وقوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن هو هذا ولو رهن الغاصب بالمغصوب رهنا فالمغصوب منه ضمن الاقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن لانه أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب دينا يدفع به رهنا ولكنه لما رهنه صار رهنا وان لم يكن صحيحا قال رحمه الله ﴿وبرأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه﴾ أي يجوز الرهن بهذه الاشياء وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم ولنا أنه استيثاق من الوجه الذي بينا وهو المقصود بالرهن وانما يصير مستوفيا بالمالية لا بالعين ولهذا تكون عينه أمانة في يده حتى تجب نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا به لوجب على الراهن ٧ وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاء لا مبادلة قال في المحيط ولو اشترى عبدا ثم تقابضا ثم تفاسخا كان للمشترى ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان الفسخ نزل منزلة البيع وكذلك لو سلم المبيع وأخذ بالرهن رهنا ثم تقايلا كان له ان يحبس الرهن حتى يقبض المبيع فان هلك الرهن في يده هلك بالثمن على ما بينا أسلم خمسمائة في طعام فرهن منه عبدا يساوي الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال فالقياس ان لا يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه وفي الاستحسان يجعل رهنا بدينه ولا يكون مضمونا وجه القياس ان رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكما لانه ليس ببدل عن الطعام لان الطعام وجب بالعقد ورأس المال وجب بالاقالة وهما ضدان فما وجب باحدهما لا يعتبر بدلا عن الآخر فالرهن بالطعام لا يكون رهنا به وجه الاستحسان أن رأس المال بدل عن المسلم فيه قائم مقامه لانه كان بدلا له في العقد وبالاقالة والصلح لما أسقط حقه في المسلم فيه عاد حقه الى بدله لانه وان كان دينا حادثا لكن لما قام مقام المسلم فيه عاد حقه الى بدله لانه وان كان اثباتا واسقاطا فالرهن بالمسلم فيه يكون رهنا بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته لانها قائمة مقامه فان استوفى رأس المال ثم هلك عنده العبد من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذي كان له على المسلم اليه ويأخذ منه رأس ماله أقرض رجلا كر حنطة وارتهن منه ثوبا قيمة الكر وصالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه يصير الثوب رهنا بالشعير فاذا هلك يهلك مضمونا بالحنطة لانه بريء عن الحنطة فصار كالو بريء بالايفاء ويجوز ان يكون الرهن رهنا ولا يكون مضمونا كزوائد الرهن يكون محبوسا ولا يكون مضمونا وذلك لان الرهن استيفاء حكمي والاستيفاء الحكمي لا يربو على الاستيفاء الحقيقي ولو استوفى المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا السلم صحت الاقالة ويرد عليه طعاما ويأخذ رأس ماله فكذا اذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمي وذكر مسئلة في الصرف انسان اشترى ألف درهم بمائة دينار وقبض الألف فاعطاه بالمائة الدينار رهنا يساويها ثم تفرقا فسد البيع لان الافتراق قبل قبض الدنانير فصارت الدراهم مقبوضة في يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الالف فان هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار والمرتهن بالالف لان الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشيء يكون رهنا به وببدله فيكون محبوسا بالدنانير مضمونا بالدراهم فاذا هلك الرهن صار مستوفيا للدنانير في صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير على الراهن الدراهم فان لم يتفرقا حتى ضاع الرهن فهو بالمائة الدنانير لانه صار مستوفيا للدنانير في المجلس حكما بهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف جائزا قال رحمه الله ﴿فان هلك صار مستوفيا﴾ لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه هذا اذا هلك الرهن قبل الافتراق وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل

الصرف أو برأس مال السلم وان كان رهنا بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لان قبضه لا يجب في المجلس ثم ان هلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه حكما فتم السلم كما اذا كان رهنا برأس المال أو بدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه فتم الصرف والسلم لو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس ان لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن أو أبرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر وجه الاستحسان انه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لانه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لانه مرهون به وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى قيمته كان للمشتري ان يحبس المبيع عند الفسخ ليستوفي الثمن ثم اذا هلك المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا ثم اذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسألتنا يجب على رب السلم ان يدفع مثل المسلم فيه الى المسلم اليه ويأخذ رأس المال لان الرهن مضمون وقد بقي حكم الرهن الى ان يهلك فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم فيه ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا واستوفاه بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذا هنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل وقد تقدم قال رحمه الله ﴿وللاب ان يرهن بدين عليه عبدا لطفله﴾ أي لولده الصغير لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ما بلغ ٧ مخافة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة أمانة والوصي في هذا كالاب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر انهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان وهو الظاهر ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض مقابلة بدين وفي الرهن نصب حافظ المال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب والوصي موفيا لدينه ويضمنان ذلك القدر للصغير وذكر في النهاية معزيا الى التمرتاشي وهو الى الكاكي ان قيمة الرهن اذا كانت أكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبي وكذلك الوصي ثم قال وذكر في الذخيرة والمغني التسوية بينهما في الحكم وقال لا يضمنان الفضل لانه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه توكيل على بيعه وهما يملكانه ثم اذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لانهما أوفيا دينهما بماله وأصل هذه المسئلة البيع فان الاب والوصي اذا باع مال الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ البائع الثمن من المشتري للصغير ويأخذ المشتري دينه من البائع وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع اذا باعه من غريم نفسه تقع المقاصة بنفس البيع عندهما ويضمن الوكيل المال للموكل وعنده لا يقع واذا كان من أصله لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذا لا يملك بطريق الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيع فكذا يملك بطريق الرهن أيضا لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة لوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري واذا كان للاب أو لابنه الصغير أو لعبده المأذون له في التجارة ولا دين عليه دين على ابن له صغير فرهن الاب متاع ابنه الصغير من ابنه الصغير أو من عبده التاجر جاز لان الاب لوجود شفقته نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه ولو فعل الوصي ذلك والمسئلة بحالها لا يجوز لانه وكيل محض والاصل ان الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن ولا البيع لكنا تركناه في الاب لما ذكرنا وليس الوصي كالاب فان شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين حيث يجوز رهنه منهم لانه أجنبي عنهم اذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم لانه متهم فيهم ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وهو ان يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين الاجنبي والقريب ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الاجنبي بتجارة باشرها أو رهن اليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لان الصلح ٧ له التجارة تمييز المال فلا يجد بدا من الرهن لانه ايفاء واستيفاء ولو رهن الاب متاع الصغير فبلغ الابن ومات الاب فليس للابن ان يسترده حتى يقضي الدين لان تصرف الاب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ ولو كان على الاب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع

به

به فى مال الاب لانه مضطر اليه لحاجة الانتفاع بماله فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه به ولو رهن الاب مال الصغير بدين على نفسه وبدين الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس هكذا قال فى العناية أقول فى هذه الكلية منع ظاهر ألا ترى ان انسانا أو فرسا يطيق ان يحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطيق مقاتلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقاتلة مجموع العسكر معا وهذا فى الامور الخارجية وأما فى الاحكام الشرعية فكما ان يجوز للرجل ان يجامع كل واحدة من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو ملك يمين ولا يجوز ان يجامعهما معا ثم حكمه فى حصة دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين الاب وكذلك الوصى والجد أب الاب ولو رهن الوصى متاعا لليتيم فى دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاع فى يد الوصى هلك من مال اليتيم لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعار لحاجة الصغير فلا يكون متعديا بذلك ولو هلك الرهن فى يد الوصى لا يسقط من الدين شئ لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد والوصى هو الذى يطالب له على ما كان ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصغير لانه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه ولو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله فى حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لانه متعد فى حق المرتهن بالغصب والاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى بضمان الدين فان فضل شئ من القدر المضمون كان لليتيم لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين يقضى من مال اليتيم لان الدين عليه وانما يضمن الوصى بقدر ما تعدى فيه وان كان الدين مؤجلا فالقيمة رهن فاذا حل كان على ما ذكرنا ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لان استعماله فى حاجة الصغير ليس بتعد فى حقه وكذا الاخذ لان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك فى يده يضمن للمرتهن فيأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصى على الصغير لانه ليس بمتعد فى حقه بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذه به ويرجع الوصى على الصبى لما ذكرنا قال فى المحيط رهن الوارث الكبير شيأ من التركة وليس على الميت دين جاز لانه يجوز بيعه فيجوز رهنه وان رد عليه سلعة باعها الميت بعيب فهلكت فى أيديهم ولا مال له غير المرهون فالرهن جائز وصيا كان أو وارثا ويرجع به الوصى على اليتيم لان الدين انما وجب على الميت بعد الرد ولم يكن واجبا عند الرهن فصح الرهن فلا يبطل حق المرتهن للحوق الدين فى التركة بسبب الرد لكن الراهن ضامن لقيمة الرهن لانه وجب قضاء الدين من ذلك المال ولكنه عجز عن القضاء بسبب رهنه بدينه فصار كالمتلف له فلزمه قيمته كرهن حق صاحب الدين وهو محل قضائه الا انه ان كان وصيا يرجع على الصغير لانه كان عاملا له وقد لحقه ضمان بسبب عمله وكذلك لو زوج الميت أمته وأخذ مهرها فاعتقها الوارث بعد موته قبل الدخول بها فاختارت نفسها وصار المهر دينا فى مال الميت جاز الرهن لان هذا الدين الذى ثبت على الميت بعد الرهن لانه ثبت ببطلان النكاح بعد الرهن عند الاختيار والابن ضامن له لانه بالاعتاق أتلف حق الغريم وهو الزوج ولو استحق عبدا ابتاعه الميت فرجع المشترى فى ميراث الميت بالدين لم يجز الرهن لانه ظهر ان الرهن وقع وعلى الميت دين لانه ظهر ان ما قبض الميت من الثمن كان دينا عليه للمشترى لانه لم يجب له على المشترى مثل ذلك قال رحمه الله ﴿وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون﴾ المراد بالحجرين الذهب والفضة وانما جاز رهن هذه الاشياء لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن وفى المبسوط اذا كان الرهن مثل الدين كيلا أو وزنا أو أكثر وقيمته مثل قيمته أو أكثر ذهب بما فيه لانه صار مستوفيا المثل حقه وان كان أقل قيمة منه لم يذهب بالدين ويضمن المرتهن مثله ويأخذ منه دينه وكذلك اذا فسد ولو رهنه كر حنطة يساوى مائة بكر دقيق يساوى مائة فضاع الدقيق دفع المرتهن مثله ولم يذهب بالحنطة لانه أقل كيلا منها وكذلك اذا فسد أو رهنه كرا جيدا بكرين رديئين والرهن يساوى كرا ونصفا منها فهلك قال زفر رحمه الله تعالى يذهب بكر ردىء لانه لا عبرة بالجودة فى أموال الربا فصار الكر الجيد رهنا بكرين رديئين نصفه بهذا ونصفه بذاك وقال أبو يوسف ان شاء ضمنه مثلى كره وأعطاه الدين وان شاء صير الكر بأجد الكرين وأعطاه الباقى لان الجودة فى أموال الربا لها قيمة فى غير عقود المعاوضات والرهن عقد استيفاء لا معاوضة حقيقة فصار كمن له الجياد اذا استوفى الردىء ومن له الردىء اذا استوفى الجياد وهلك له ان يرد المقبوض ويستوفى حقه منه فهذا على ذلك وقال محمد رحمه الله رجل رهن رجلا كرا من طعام قيمته ثلاثمائة درهم بكرين قيمتهما مائتان

فأصاب الكر الرهن كان منه مائة مضمونة ٧ ما نقصه مائة وكيله واف على حاله فعلى المرتهن كر يساوى مائتى درهم وخمسين درهما لان الكر الرهن كان منه مائة مضمونة باحد كرى الدين وكانت احدى هاتين المائتين مضمونة باحد كرى الدين والمائة الاخرى ليست بمضمونة فكان فى الرهن فضل مائتين فى الجودة وقيمتها ثلاثمائة فمائة منها مضمونة والمائة الاخرى أمانة فلما أصابه بالنقص من جودته مائة جعلنا نصفها من الامانة ونصفها من الضمان فسقط عنه حصة الامانة وهى خمسون درهما وغرم حصة الضمان وهى كر يساوى مائتين وخمسين ولو هلك نصفه ثم أصاب النصف الثانى ماء فصار يساوى مائة ونقصه الماء خمسين درهما يغرم المرتهن كرا قيمته مائتان وخمسة وعشرون لان النصف الهالك كانت قيمته بمائة وخمسين أثلاثا ثلثه أمانة وثلثاه مضمون فبطل على المرتهن حصة الامانة ووجب عليه نصف كر يساوى مائة فكان المضمون نصفه وأما النصف الثانى لما نقصه الماء خمسين من الجودة كانت هذه الخمسون نصفها أمانة ونصفها مضمونة فبطلت عنه حصة الامانة خمسة وعشرون ولزمه نصف كر يساوى مائة وخمسة وعشرين قال رحمه الله ﴿فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة﴾ لانه لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس فى الاموال الربوية وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه يصير مستوفيا عنده اذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته أو كثرت لما ذكرنا وعندهما ان لم يكن فى اعتبار الوزن اضرار بأحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك وان كان فيه الحاق ضرر بأحدهما بان كانت قيمته أكثر من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة أو رداءة وأسقطنا القيمة فيه اضررنا بأحدهما ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارهما أدى الى الربا فتعين ما ذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس فى الاموال الربوية واستيفاء الردىء بالجيد أو بالعكس جائز عند التراضى به هنا ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالبة ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين لتعذر النقض وقيل هذه فروع ما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد ثم علم مكان الزيافة وهى معروفة وقيل لا يصح البناء لان محمدا فيها مع أبى حنيفة فى المشهور عنه وفى هذه مع أبى يوسف وقال قاضيخان ان البناء صحيح لان عيسى بن أبان قال قول محمد أولا كقول أبى حنيفة وآخرا كقول أبى يوسف ولئن كان مع أبى حنيفة فالفرق له ان الزيوف فى تلك المسئلة قبضه استيفاء لحقه وقد تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفى من غيره فلا بد من نقض القبض وقد أمكن التضمن قال فى المبسوط الاصل فيه عند أبى يوسف رحمه الله تعالى ان الصياغة والجودة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن فى حق الضمان بل يعتبر حكمها حكم الوزن ولا يجعل تبعا للوزن اذا لم يؤد الى الربا لانه مال متقوم بنصيبه معتبر حقا للعباد ألا ترى انه لو أوصى المريض بقلب وزنه عشرة وقيمته بصياغته خمسة عشر وثلث ماله عشرة فان لم يكن فى ملكه الا هذا القلب وخمسة عشر دينارا اصح الوصية بوزن القلب كما لو كان وزن القلب خمسة عشر فقد ألحق الصياغة والجودة بالوزن فى الوصية وكذلك فى الرهن فتى حصل النقصان يكون النقصان شائعا فى الامانة والمضمون فما كان فى الامانة ذهب مجانا وما كان فى المضمون ضمن القيمة ويملك الرهن بقدره والاصل عند محمد رحمه الله تعالى ان الصياغة تابعة للوزن غير معتبرة بنفسها فى حق المداينات والمعاملات وهى معتبرة فى المتلفات والمضمونات ثم ننظر ان كان فى الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين الى الوزن والامانة الى الصياغة وان لم يكن فى الوزن وفاء بالدين وفى قيمته وفاء بالصياغة لجودته تضم الى الوزن من قيمة الصياغة لان الصياغة تابعة للوزن وهى بانفرادها لا تصلح لقضاء الدين فكان صرف الدين الى الوزن أولى من صرفه الى الضمان الا عند الضرورة فان لم يكن فى الوزن وفاء بالدين وكان صرف الدين الى الوزن فانه يتم قدر الدين من الصياغة لانه يجوز ان يجعل البيع أصلا عند الضرورة والاصل عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ان العبرة للوزن دون الصياغة والجودة لان الوزن أصل والصياغة تبع له لانها صفة قائمة بالعين والصفة تابعة للاصل فتعتبر تبعا للوزن الا اذا تعذر ان تجعل تبعا للوزن لم تعتبر تبعا والحق بالوزن كما فى مسئلة الوصية لانا لو جعلنا الصياغة تبعا للوزن يصير موصيا بأكثر من ثلث ماله وانه لا يجوز فلهذه الضرورة لا تعتبر تابعة للوزن وفى حالة الهلاك الوزن مضمون بالدين لا بالقيمة فكذلك الصياغة تكون مضمونة بالدين وفى حالة الانكسار الوزن مضمون بالقيمة تبعا للاصل لئلا يصير التبع مخالفا للاصل ثم المسائل على ثلاثة فصول فصل فيما اذا كان الوزن والدين سواء وفصل فيما اذا كان الوزن أقل من الدين وفصل فيما اذا كان الوزن أكثر من الدين وكل فصل

ينقسم

ينقسم الى قسمين الى حالة هلاك والى حالة انكسار والقسم الاول على ثلاثة أوجه اما أن تكون القيمة مثل الوزن أو أقل أو أكثر وكل قسم من الآخرين على ٧ خمسة أوجه اما ان تكون القيمة مثل الوزن أو أكثر أو أقل كما تبين فصار الكل ثمانية وعشرين وجها الفصل الاول رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن هلك بالدين بالاتفاق لانه مثله وزنا وجودة فتم الاستيفاء بالهلاك وان انكسر فان شاء الراهن أخذ المكسور وقضى جميع الدين وان شاء ضمن جميع قيمته من الذهب فكانت رهنا مكانه عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى ان شاء الراهن تملك الرهن بالدين وان شاء أدى الدين وأخذ الرهن لمحمد رحمه الله تعالى ان قبض الرهن لم ينعقد موجبا القيمة العين لانه صدر عن اذن المالك لا عن تعد فلا يصلح مناط الضمان القيمة والعقد موجب الضمان للرهن لانه به يصير مستوفيا للدين عند الهلاك فلزمه ضمان الرهن فتى تعذر ايجاب القيمة لزمه ضمان الدين فجعلته بالدين الا اذا كان يؤدى الى الربا أو الى الاضرار باحدهما وقد أنعم هنا بهلا كها فجعلته بالدين ولهما أنه لا وجه الى ان يملك المرتهن الرهن بالدين لان العقد لا ينعقد لتملك الرهن فان الرهن عند الهلاك لا يصير ملكا للمرتهن بل يهلك على ملك الراهن ولكن المرتهن بالقبض يصير مستوفيا لمالية العين عند الهلاك فكان ضمان الراهن ضمان الاستيفاء ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار الفائت بالانكسار لان الفائت هو الجودة دون القدر والاستيفاء انما يتحقق من القدر دون الجودة ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار القائم لانه لا يمكن جعل المكسور ملكا للراهن وضمان الرهن لا يوجب الملك فى العين فدعت الضرورة الى ان يجعل مضمونا بالقيمة لان تملك الاعيان بقيمتها مشروع وهذا فقه وهو ان الراهن انما رضى بقبضه بشرط ضمان الرهن فاذا تعذر اثباته لعدم رضاه بقبضه فصار كالقلب المغصوب اذا انكسر يكون مضمونا بالقيمة فكذا هذا فاما اذا كانت قيمته أقل من الوزن ان هلك يهلك بالدين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه فهما اعتبرا القيمة والجودة لا الوزن لان فى اعتبار الوزن واسقاط الجودة اضرارا بالراهن ولا يجوز الاضرار لصاحب المال بابطال حقه عن الجودة وفى جعله مستوفيا لدينه بقدر قيمة القلب معنى الربا وهو استيفاء عشرة بثمانية فاذا تعذر جعله مستوفيا ضمن قيمته من خلاف جنسه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى اعتبر الوزن والموزون فى جميع الديون فصار مستوفيا لدينه بالهلاك ولا يؤدى الى اضرار بالمرتهن بغير رضاه لانه قبل الرهن مع علمه ان من حكم الرهن انه يصير مستوفيا للدين بهلاكه وصار راضيا باستيفاء جميع الدين بالهلاك متى تساويا فى الوزن وان كان القلب أقل من قيمة دينه لان المساواة فى أموال الربا معتبرة من حيث القدر والوزن لا من حيث القيمة والجودة وان انكسر ضمن قيمته عندهم جميعا أما عندهما فظاهر وأما عند محمد فلانا لو جعلناه بالدين يؤدى الى الاضرار وأما اذا كانت قيمته أكثر من الوزن وهلك يهلك بالدين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند محمد أيضا لان فى الوزن والقيمة وفاء بالدين فصار بالهلاك مستوفيا لدينه وفى الزيادة أمينا وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى خمسة أسداس مضمونة وسدسه أمانة لان عنده الصياغة معتبرة ومتقومة اذا لم يؤد الى الربا فصار كان الرهن اثناعشر وزنا فساغ الضمان والامانة فيهما فيصير بقدر الدين مضمونا وأما اذا انكسر ان انتقص بالانكسار قيمة القلب من العشرة بان صارت تسعة أو ثمانية ضمن قيمته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان العبرة للوزن عنده وليس فى الوزن وفاء بالدين فلا يمكن ايجاب ضمان الرهن فأوجبنا القيمة وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى ضمن خمسة أسداسه لان عنده الصياغة معتبرة فتكون قيمة الرهن أكثر من الدين وذلك اثناعشر فيكون بقدر الدين مضمونا والزيادة أمانة وعند محمد رحمه الله تعالى ان شاء جعله بجميع الدين وان شاء افتكه بجميعه لانه مضمون بالدين حالة الهلاك فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار كما بينا وان لم تنقص قيمة القلب من العشرة بأن كانت قيمته بعد الانكسار عشرة فالمرتهن يضمن قيمته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبى يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس القلب وعند محمد رحمه الله تعالى يضمن قدر وزنه لان الوزن فى القيمة وفاء بالدين فلم يصر مستوفيا شيأ من المضمون فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار والوزن مضمون بالقيمة فتصير الصياغة كذلك مضمونة بالقيمة تبعا للوزن وعند أبى يوسف كلاهما مضمون بالقيمة أصلا فيكون بعض الرهن مضمونا والبعض أمانة فيشيع الضمان فيهما الفصل الثانى لو كان وزن القلب ثمانية والدين عشرة فهو على خمسة أوجه اما ان كانت قيمته مثل وزنه أو أقل من وزنه سبعة أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو أكثر من الدين اثنى عشرة وكل وجه لا يخلو اما ان هلك أو انكسر فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الفصول كلها الهلاك بثمانية ويرجع على الراهن

بدرهمين والانكسار بالقيمة وفاء وفى الانكسار تعذر ايجاب ضمان الرهن لما بينا وأوجبنا ضمان القيمة فأما عندهما ان كانت قيمته مثل وزنه يهلك بما فيه ويرجع المرتهن على الراهن بدرهمين بالاجماع وان انكسر ضمن قيمته عند أبى يوسف وعند محمد له خيار التمليك بالدين والافتكاك لما بينا وان كانت قيمته تسعة فعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه لان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن فالوزن ان كان يفى بثمانية والقيمة لاتفى بثمانية فيخير المرتهن ان شاء رضى بهلاك الرهن بما فيه ثمانية وان شاء غرم قيمته تسعة ورجع عليه بدينه وان انكسر ضمن قيمته اتفاقا أما عندهما فظاهر وأما عند محمد فلانه لا يمكن ترك القلب عليه بثمانية من الدين لانه اذا ترك بثمانية يتضرر به المرتهن لان قيمة الرهن لاتفى بثمانية وان ترك بسبعة من جنسه يؤدى الى الربا لانه يصير مستوفيا ثمانية بسبعة وان تعذر تركه عنده وان كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين بأن كانت تسعة وهلك يهلك بوزنه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدينه لما بينا وان انكسر ضمن قيمته بالاجماع وان كانت قيمته أكثر من وزنه ووزنه مثل الدين بأن كانت قيمته عشرة فان هلك يضمن قيمته من خلاف جنسه احترازا عن الربا والضرر وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه مثل قول أبى حنيفة رحمه الله للتعذر وعند محمد وان كانت قيمته أكثر من وزن اثنى عشر فعند أبى يوسف رحمه الله ان هلك يغرم خمسة أسداسه ويرجع بدينه لان الصياغة عنده بمنزلة الوزن ولو كان الوزن اثنى عشر يضمن خمسة أسداسه وهو عشرة فكذا هذا وعند محمد رحمه الله تعالى ان هلك ضمن قدر الدين بخمسة أسداس القلب لان قدر الدرهمين من قيمة الصياغة أما عنده فلانه يزيد على الوزن والدين جميعا ولا ضمان للمالك فى الامانة وان انكسر انتقص بالانكسار مقدار الزيادة على العشرة فلا ضمان وان نقص أكثر من فضل الجودة على الدين وذلك أكثر من درهمين فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وأخذ المكسور وان شاء ترك عليه بقيمته مضمونا من الذهب غير درهمين لان قيمة الصياغة أربعة ووزن الرهن لا يفى بالدين فيضمن من قيمة الصياغة مايتم به الدين وذلك درهمان فصار قدر درهمين من الصياغة مضمونا مع الوزن وقدر درهمين أمانة فيترك القلب عليه بقيمته غير درهمين ولا يترك بالدين لانه يؤدى الى الربا لانه يصير مستوفيا ثمانية بعشرة وان جعل مستوفيا ثمانية تضرر به الراهن فأوجبنا عليه القيمة من الذهب تحرزا عن الربا ونفيا للضرر عن الراهن الفصل الثالث ولو كان الدين عشرة والقلب خمسة عشر فهذا على خمسة أوجه اما ان كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر من وزنه أو أقل من وزنه أو أكثر من الدين احد عشر أو مثل الدين عشرة أو أقل من الدين ثمانية وكل وجه لايخلو اما ان هلك أو انكسر فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الفصول كلها ان هلك يهلك بما فيه وان انكسر فاختار الراهن الترك يترك عليه بخمسة أسداس قيمته من الذهب وعندهما ان كانت قيمته مثل الوزن ان هلك ذهب ثلثاه بالدين والانكسار بالقيمة لان المضمون بالرهن قدر ثلثيه وثلثه أمانة وبالانكسار يضمن قيمة المضمون لان عنده كان الهلاك والانكسار بالدين لانه أمكن جعله بالدين وتمليكه متى كان وزن ثلثيه وقيمته مثل الدين رهنا بالصياغه لم تزد قيمته على الوزن فلاعبرة للصياغة والعبرة للوزن بعضه مضمون أمانة فاذا نقص من قيمته بالانكسار وقع التغير فى بعض المضمون فيتخير وان كان قيمته أكثر من وزنه يجوز ان تكون القيمة عشرين فان هلك هلك ثلثاه بالدين عندهم جميعا لان بثلثيه وفاء بالدين وزنا وقيمته ويهلك ثلثه أمانة وان انكسر ضمن ثلثيه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان المضمون من القلب عشرة والصياغة تبع للوزن عنده فتصير الصياغة أيضا مضمونة تبعا للوزن ويبقى الثلث أمانة عنده وعند أبى يوسف يضمن نصفه لان الصياغة عنده بمنزلة الوزن وقيمتها خمسة ووزن القلب خمسة عشر فصار كأن وزن القلب عشرون فيترك نصف القلب عليه بنصف قيمته وعند محمد رحمه الله تعالى ينظر ان كان نقص خمسة أو أقل لم تعتبر ويجبر الراهن على الانفكاك وان نقص أكثر من خمسة للراهن أن يسلم للمرتهن الرهن بدينه والباقى له لان عنده القيمة زادت على الوزن فهى قيمة الصياغة وهى أمانة لان الامانة تصرف الى الصياغة متى ازدادت قيمته على وزنه والفائت قدر الامانة وبقى الدين بحاله فيجبر الراهن على الفكاك ومتى انقضت قيمته على الوزن فقد تغير ماهو المضمون فيتخير الراهن فان اختار الترك يترك ثلثه بالدين ويسترد الثلث لانه مهما تملكه بالدين لايملك بالقيمة عنده وان كانت القيمة أقل من وزنه أو أكثر من الدين بان يكون اثنى عشر ان هلك يهلك ثلثاه بالدين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان بالوزن وفاء بالدين وزيادة والزيادة أمانة وعندهما يغرم عن القلب خمسة أسداسه والاظهر أن يضمن منه

قدر الدين لان قدر الدين مضمون عليه وذلك ثلثا القلب لان عندهما العبرة للوزن والقيمة جميعا وبالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون من الدين عشرة والزيادة أمانة وان انكسر ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله ما يساوى عشرة منه لان عنده العبرة للوزن لا للقيمة وقدر المضمون من الوزن عشرة وعندهما ان اختار الترك يترك عليه عشرة أجزاء من اثنى عشر جزأ من القلب باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لان عندهما القيمة معتبرة مع الوزن وان كانت القيمة مثل الدين ان هلك يهلك بما فيه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بتخيير لان عندهما القيمة معتبرة مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهى عشرة لان قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين فيتخير ان شاء جعله هالكا بما فيه وان شاء ضمنه قيمته عشرة من الذهب فيكون رهنا عنده ويكون دينه على حاله نفيا للضرر عن نفسه وان انكسر ضمن مقدار ثلثى القيمة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لما عرف وعندهما يضمن قيمته لان القيمة معتبرة مع الوزن عندهما وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه بعشرة وان كانت قيمته أقل من الدين بان كانت ثمانية ان هلك يهلك بثلثى الدين والباقى يهلك أمانة عنده لان عنده العبرة للوزن لا للقيمة وفى الوزن وفاء بالدين وزيادة وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدينه لان عندهما القيمة معتبرة مع الوزن وفى الزيادة ان كان وفاء بالدين فلا وفاء بالقيمة وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية فتكون رهنا عنده وان انكسر ضمن ثلثى قيمته عنده لما عرف وعندهما الكل لما عرف رهن عشرة دراهم بيضا لها صرف وفضل بعشرة سود تهلك بالسود عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله ان كانت قيمتها خمسة عشر سودا فقد ضمن ثلثيه وثلثه أمانة كما اذا ارتهن قلبا وزنه مثل الدين وقيمته أكثر منه

﴿فصل﴾ ارتهن قلب فضة وزنه خمسون بكر سلم أو قرض وقيمته من الدين سواء فان هلك ذهب بما فيه لانه بقيمته وفاء بالدين وان انكسر فعلى ما وصفنا من رهن قلب وزنه عشرة بدينار وقيمته سواء فانكسر لان الرهن من خلاف جنس الدين فى المسئلتين وثمة يغرم المرتهن قيمته من الذهب فيكون رهنا بالدين والقلب له وعند محمد رحمه الله تعالى يترك عليه بالدين فكذا هذا خاتم من فضة وزنه درهم وفيه فص يساوى تسعة فرهنه بعشرة فهلك الخاتم فهو بما فيه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان تسعة من الدين بازاء الفص ودرهما بازاء الحلقة فتسقط تسعة بهلاك الفص وسقط درهم بهلاك الحلقة لان عنده العبرة للوزن لا للقيمة وهما فى الوزن سواء وكذلك عندهما اذا كانت قيمة الحلقة درهما أو أكثر لان الحلقة والدين بمقابلته فى الوزن والقيمة سواء وان كانت قيمة الحلقة أقل من درهم فانه يسقط من الدين تسعة بهلاك الفص وللمرتهن خيار فى الحلقة لان العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا وههنا اذا كان بالوزن وفاء فلا وفاء للقيمة ولو هلك بما فيه من غير خيار لتضرر المرتهن بذلك كما اذا رهن قلبا وزنه عشرة بعشرة وقيمته ثمانية وقد هلك يخير المرتهن عندهما فكذا هذا رهنه قلب فضة بعشرة على أنه ان لم يجئ بالعشرة الى شهر فهو بيع فالرهن جائز والشرط باطل لانه علق البيع بالخطر وتعليق التمليك بالخطر لا يجوز ولو لم يعلق الرهن بالخطر الا أنه شرط شرطا فاسدا والرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة ارتهن بعشرة دراهم فلوسا تساويها فهلكت فهى بما فيها وان انكسرت ذهب من الدين بحسابه لان الفلوس لم تكن من مال الربا لانها لم تكن موزونة بل هى عددية والجودة متقومة معتبرة فى غير أموال الربا ألا ترى أن من غصب من آخر فلوسا فانكسرت عنده فللمالك أن يضمنه النقصان ولا يخير الراهن لانه سقط بعض الدين بسبب فوت الجودة فلا معنى للتخيير بخلاف القلب لانه لم يسقط شئ من الدين بالانكسار اذا بقى الوزن على حاله فوجب تخيير الراهن نفيا للضرر عنه وان كسدت فالدين بحاله لانه لم يفت شئ من العين بالكساد لا الجودة ولا العين انما تغير السعر وتغير السعر لا عبرة به ارتهن طستا بدراهم وفيه وفاء وفضل فهلك فهو بما فيه وان انكسر فما كان منه لا يوزن نقص بحسابه لان للجودة قيمة فى غير أموال الربا وما كان يوزن ان شاء أخذه مكسورا وأعطاه الدراهم وان شاء ضمنه قيمته مصوغا من الذهب وكان ذلك للمرتهن ويأخذ الراهن القيمة وأعطاه دينه عندهما وعند محمد يترك بالدين كما فى القلب والله تعالى أعلم قال رحمه الله ﴿ومن باع عبدا على أن يرهن المشترى بالثمن شيأ بعينه فامتنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع الا أن يدفع المشترى الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باعه شيأ على أن يعطيه كفيلا حاضرا فى المجلس فقبل الكفيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله مفسد للبيع ولانه صفقة فى صفقتين وهو منهى عنه وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان

الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق يلائم العقد فاذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس وقبل اعتبر فيه المعنى وهو الملائمة فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان الكفيل غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن فى المجلس أو نقد المشترى الثمن حالا جاز البيع و بعد المجلس لا يجوز وقوله فامتنع لم يجبر أى امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه وقال زفر رحمه الله تعالى يجبر لانه صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن قلت عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالواهب غير أن للبائع الخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وفواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب فى البيع الا أن يدفع المشترى الثمن حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لان المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته قال رحمه الله ﴿وان قال للبائع امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن﴾ وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبى يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن و يحتمل الايداع والثانى أقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك على لانه لما قابله بالدين فقد عين الرهن ولنا أنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن والعبرة فى العقود للمعانى حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كانه قال له بعتك بكذا وأطلق فى قوله هذا فشمل الثوب المبيع وغيره اذ لا فرق أن يكون ذلك الثوب هو المشترى أو لم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه بخلاف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له امسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع ولو كان المبيع شيأ يفسد بالمكث كاللحم والجمد فأبطأ المشترى وخاف البائع عليه التلف جاز للبائع أن يبيعه ووسع المشترى أن يشتريه و يتصدق البائع بالزائد ان باعه باز يد من الثمن الاول لان فيه شبهه وفى المنتقى رجل له على رجل دين فأعطاه ثوبا فقال امسك هذا حتى أعطيك مالك على قال أبو حنيفة رحمه الله هو رهن لانه أتى بمعنى الرهن وهو الامساك والحبس لاجل ايفاء الدين واعطائه وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يكون وديعة لا رهنا لان الامساك محتمل قد يكون للرهن وقد يكون للوديعة فيحمل على الوديعة لانها أقل وهى متيقنة والرهن مشكوك فيه فان قال امسك هذا بمالك أو قال امسك هذا رهنا حتى أعطيك مالك فهو رهن بالاجماع ولو قال أمسك هذا الالف بحقك واشهد لى بالقبض فهذا اقتضاء لان الاخذ والقبض بالدين لا يكون الا جهة الاقتضاء والاستيفاء ولو قال امسكها حتى آتيك بحقك فهذا رهن لانه أمره بالامساك للايفاء وذلك لا يكون الا بجهة الرهن ولو قضاه الراهن مائة ثم قال خذها رهنا بما كان فيها من زيف أو ستوق فهو رهن بالستوق لا بالزيوف لان الزيوف يقع بها الاستيفاء و بالستوق لا رجل رهن رجلا متاعا بألف درهم فقال المرتهن للراهن هات لى فقال ارهنه بمالك فرهنه بتسعمائة انفسخ الرهن الاول وانعقد الثانى فكذا هذا كما لو كان ابتاعه بألف ثم باعه بسبعمائة انفسخ الاول وانعقد الثانى قال رحمه الله ﴿ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالمبيع﴾ قيد بقوله بألف فأفاد أنه لم يفصل حصة كل واحد منهما فان سمى لكل واحد منهما شيأ من الدين الذى رهنه به فكذلك الجواب فى رواية الاصل لان العقد متحد فلا يتفرق بالتسمية كالبيع وفى الزيادات له أن يقبض أحدهما اذا أدى ما سمى له لان التفرق يثبت فى الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لان قبول العقد فى أحدهما لا يكون شرطا لصحة العقد فى الآخر حتى اذا قبل فى أحدهما صح فيه بخلاف البيع لان العقد فيه يتعدد بتفصيل الثمن ولهذا لو قبل البيع فى أحدهما دون الآخر بطل البيع فى الكل لان البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لما ان العادة قد جرت بضم الردىء الى الجيد فى البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هى الاصح وقيد بالالف لانه لو رهن عبدين أحدهما بكذا والآخر بكذا ولم يبين لم يجز هكذا فى الفتاوى الغياثية قال رحمه الله ﴿ولو رهن عينا عند رجلين صح﴾ سواء كانا شريكين فى الدين أو لم يكونا شريكين فيه ويكون جميع العين رهنا عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى كل العين فى صفقة واحدة ولا يكون شائعا باعتبار تعدد المستحق لان موجبه جعله محبوسا بدين كل واحد منهما اذ لا تضايف فى استحقاق الحبس ولهذا لو رهن لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون كله

محبوسا بكل الدين و بكل جزء من أجزائه فلا شيوع قال صاحب العناية أخذا من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فان العقد فيهما أضيف الى جميع الدين فى صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والمرهون بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتنقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس و يجوز ان تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه فى الرهن والشيوع يمنع عنه الى هنا كلامه أقول بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند الامام لان العين تنقسم عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما فى الكل فيثبت الشيوع ضرورة وقد تقدم بيانه فى كتاب الهبة وكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر وهذا اذا كان مما لا يتجزأ ظاهر وان كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب ان يضمن الدافع عند الامام خلافا لهما * وفى المبسوط مسائله على فصول الاول فى رهن رجلين من واحد والثانى فى ارتهان الرجلين من واحد والثالث فى التفاسخ * فصل فى رهن رجلين بدين عليهما رجلا رهنا وأخذه جاز لان قبض المرتهن يتحقق فى الكل من غير شيوع وتفرق املاكهما لا يوجب شيوعها فى الرهن فانه يجوز ان يكون ملك الغير مرهونا بدين الغير كما لو استعار شيأ فرهنه لانهما لما رهناه جملة فقد رضيا بكون كله رهنا لكل واحد منهما بدينه لانهما قصدا صحة الرهن ولن يصح الا بان يجعل كل واحد منهما راهنا كله بدينه تصحيحا للرهن لانه يحتال لتصحيح العقد ما أمكن وهذا ممكن ألا ترى ان من رهن عبد آخر باذنه بالف صار راهنا كله بكل درهم مثلا حتى لو قضى كل الدين الا درهما بقى كل العبد رهنا بذلك الدرهم فكذا هذا ولا يعتبر اتحاد صفقة الرهن واختلافهما ولا يعتبر اختلاف الدينين واتفاقهما حتى لو رهن بدينه عينا فى صفقتين لم يجز لاختلاف صفقة الرهن فيمكن الشيوع فى كل صفقة ولو مات أحد الراهنين فورثه الآخر فالرهن على حاله لان الوارث يقوم مقام المورث فى حقوقه واملاكه والرهن لا يبطل بموت الراهن ولا بموت المرتهن فيبقى الرهن على حاله ومن رهن مالين بدين واحد وقيمة المالين سواء صار كل واحد منهما رهنا بنصف الدين فلو ارتهن رجلان من رجل رهنا والدينان مختلفان أو المالان كانا مختلفين جاز ولكل واحد منهما قدر دينه فيما بينهما لان الدين أضيف الى كل العبد ولا شيوع فيه كانه رهن لكل منهما ولم يرهن البعض من هذا والبعض من هذا وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا مما يقابل الوصف بالتجزى فصار محبوسا لكل واحد منهما بكماله فيمسك هذا يوما والآخر يوما وصار كل واحد منهما فى اليوم الذى يمسك كالعدل فى حق الآخر فاذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حصته لان الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزى ولو قضى الراهن دين أحدهما ليس له أخذ شئ من الرهن وللآخر أن يمسكه كله حتى يستوفى دينه لان العين صارت محبوسة لكل واحد بكماله والعين الواحدة تجوز ان تصير كلها محبوسة بحق هذا وعلى هذا لو اشترى رجلان شيأ واحدا وأدى أحدهما حصته لم يكن له يقضيه شيأ وللبائع أن يحبسه كله حتى يستوفى ما على الآخر فان هلك عنده بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه لما ذكرنا ولو تفاسخ الراهن والمرتهن فما لم يقبضه الراهن فهو رهن يمسكه المرتهن لان نقض الرهن لا يصح الا بنقض القبض كالرهن لا يصح الا بالقبض لان نقض الشئ ضد العقد حكما ولو بدا للراهن ان يتركه فللمرتهن ان يرده لان الرهن غير لازم فى حق المرتهن رهن اثنان لم يكن لاحدهما ان يسترده بدون الآخر لان أحدهما متى انفرد بالرد أبطل حق الآخر فان حق الآخر بقى فى النصف شائعا والرهن فى نصف شائع باطل وانما جعل الرهن منهما رهنا من كل واحد منهما على الكمال ضرورة تصحيح العقد تحريا للجواز والضرورة فى تصحيح العقد لا فى تصحيح الفسخ فيعتبر الفسخ متجزئا فمتى انفرد أحدهما بالفسخ يبقى فى حق الآخر الرهن فى جزء شائع وكان فى نقضه نقض الرهن فى الكل فلا يملكه ولو نقض أحد شريكى المفاوضة جاز لان تصرف أحدهما كتصرفهما حتى يكون رهن أحدهما كرهنهما فكذا نقض أحدهما كنقضهما ولا يملكه أحد شريكى العنان لانه ليس تصرف أحدهما كتصرفهما حتى لا يجعل رهن أحدهما كرهنهما فان نقضه وقبضه وهلك عنده ولم يباشر العقد باذن شريكه كان المرتهن ضامنا حصة من لم ينقض ويرجع بدينه عليهما او بنصف القيمة التى ضمن على الذى قبض منه الرهن طعن عيسى فقال لا يرجع على المرتهن بما ضمن على القابض الا اذا ادعى الوكالة من صاحبه ودفع اليه المرتهن من غير تصديق قيل فى الجواب عنه بان عقد الشركة بينهما من حيث

الظاهر يصير بمنزلة دعوى الوكالة فان قيام الشركة بينهما خلل ظاهر لان لكل واحد منهما حق النقض على صاحبه فصار المرتهن مغرورا من جهته اعتمادا منه على ان لا حد الشريكين النقض لقيام الشركة بينهما فيرجع بذلك وقيل تأويله اذا قال وكانى صاحبى بقبض نصيبه وكذبه المرتهن أولم يكذبه ولم يصدقه كذا فى المستودع وذكر الفقيه أبو الليث فى العيون رجلان لكل واحد منهما ألف درهم على رجل فارتهنا منه أرضا بدينهما وقبضاها ثم قال أحدهما ان المال الذى لنا على فلان باطل والارض فى أيدينا تلجئة قال الفقيه أبو الليث وأبو يوسف رحمه الله بطل الرهن لان الدينين وان اختلفا ولكن الرهن بهما واحد فاذا اعترف أحدهما ببطلان الدين والرهن بطل الرهن أصلا وقال محمد رحمه الله تعالى لا يبطل الرهن ويبرأ من حصته من الدين والرهن بحاله لان الدينين مختلفان والرهن انما يصح بهما حقالهما فاقراره يصح مبطلا لحق نفسه دون حق شريكه فبطل حق المقر فى الدين والرهن وبقى حق الآخر فيهما على حاله الجامع لرجل على رجلين دين على أحدهما ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة فرهن عبدا يساوى ألفين وهلك العبد صار كل واحد منهما موفيا أربعة أخماس دينه ويرجع من عليه الدراهم على الآخر بأربعين درهما ويرجع عليه الآخر بأربعمائة درهم ولا تصح المقاصة الا برضاهما لان الرهن أقل من الدين والدين ألفان وخمسمائة والرهن ألفان فاذا هلك فذهب من الدين قدر قيمته وذلك ألفان وبقى خمسمائة وألفان أربعة أخماس الدين فصار كل واحد منهما بالهلاك قابضا أربعة أخماس دينه وذلك ثمانمائة نصفه من نصيبه من العبد ونصفه من نصيب صاحبه لماذكرنا ان كل واحد من الراهنين صار راهنا جميع العبد بدينه فصار من عليه الدراهم قاضيا ثمانمائة درهم نصفها من مال صاحبه وذلك أربعمائة فيرجع عليه صاحبه بذلك لان من قضى دين غيره بأمره فله ان يرجع بما قضى عليه والمقاصة لا تصح من الجنسين المختلفين الا أن يتقاصا ويخرج على هذا الاصل ولو كان الدين ثلاثة آلاف على أحدهم ألف وخمسمائة وعلى الآخر ألف وعلى الثالث خمسمائة فرهنوا بذلك عبدا بينهما أثلاثا وقيمته ألفان فهلك فى يده صار كل واحد منهما قاضيا ثلثى دينه وبقى عليه ثلثه الا ان كل واحد منهما صار قاضيا ثلثى دينه ثلث ذلك من نصيبه وثلثه من نصيب صاحبه فيرجعان على القاضى بما قضى دينه من نصيبهما على نحو ماذكرنا والله أعلم قال رحمه الله ﴿والمضمون على حصة دينه﴾ لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك وليس أحدهما باولى من الآخر فينقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزى قال فى العناية أخذا من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذى استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقى بالاستيفاء الحكمى فينبغى ان يكون الرهن فى يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضى ان لا يسترد الراهن ماقضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كماذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ماقبضه ثانيا اه قال رحمه الله ﴿فان قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر﴾ وكان كله محبوسا بكل جزء من أجزاء الدين فلا يكون له استرداد شئ منه مادام شئ من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا وكالبائع اذا أدى حصة بعض المبيع فاذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفى جميع الدين لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع فصار نظير البائع وهما نظير المشتريين قال رحمه الله ﴿وبطل بينة كل واحد منهما على رجل انه رهنه عبده وقبضه﴾ معناه ان رجلا فى يده عبد وأقام رجلان بينة أنه رهنه العبد الذى فى يده فهو باطل لان كل واحد منهما أثبتت بينته انه رهنه كل العبد ولا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك فى حالة واحدة فيمتنع القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية ولا وجه الى القضاء بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن أن يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بخلاف ما اقتضاه الحجة لان كلا منهما أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى تملك شطر بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة فكان العمل بالقياس أولى لقوة أثره المستتر وهو ان كل واحد منهما أثبت الحق ببينته على حدة ولم يرض بمزاحمة الآخر قال فى العناية وهو أحد الوجوه فى هذه المسئلة وجملتها ان العبد اما أن يكون فى أيديهما أولا أوفى يد واحد منهما فان كان فى يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عنده كما فى الشراء كما تقدم الا أن يقيم الآخر بينة أنه الاول فانه صريح فى السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن فى يد واحد منهما فهو المذكور فى الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان فى أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ماذكر من القياس

والاستحسان

والاستحسان قال محمد فى الاصل وبه أى بالقياس ناخذ ووجهه ما ذكر فى الكتاب اه أقول بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد فيه من جانب الراهن واحد وهنا أثبت كل واحد منهما عقدا آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز بخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما تبين من الفرق فاذا وقع باطلا فاذا هلك يهلك أمانة لان الباطل لا حكم له هذا اذا لم يؤرخا فاذا أرخا كان صاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبته فى وقت لا ينازعه فيه أحد كذا اذا كان الرهن فى يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لان تمكنه من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد وقد تقدم لهما مزيد بيان مع جوابهما قال رحمه الله ﴿ولو مات راهنه والعبد فى أيديهما وبرهن كل واحد على ما وصفنا كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه﴾ وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة ومحمد فى القياس هذا باطل وهو قول أبى يوسف لان المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الاصلى لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته وانه باطل بالشيوع كما فى حال الحياة والحبس فى الشائع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشائع يقبله فصار كالوادعى رجلان نكاح امرأة وادعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين يتهاترتان فى حالة الحياة وقبلناها بعد الممات لانا حكمنا فى حالة الموت بثبوت ملك المال وهو يقبل الشركة والانقسام وقوله والعبد فى أيديهما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن العبد فى أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ولهذا لم يذكر اليد فى المسئلة الاولى فلو تركه هنا لكان أولى والله تعالى أعلم

﴿باب الرهن يوضع على يد عدل﴾

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر فى هذا الباب الاحكام الراجعة الى ما بينهما وهو العدل لما أن حكم النائب أبدا يقفو حكم الاصيل ثم ان المراد بالعدل هنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيدا آخر حيث قالا ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجارى بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم فى معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد فى الكافى ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فقط اه قال رحمه الله ﴿وضعا الرهن على يدى عدل صح﴾ ولم يبين المؤلف العدل الذى يصح وضع الرهن على يده والذى لا يصح قال فى الغياثية لو شرط المأذون ان يكون رهنه عند مولاه لم يجز مديونا كان أو غير مديون ولو شرط المولى ان يكون رهنه عند عبده المأذون أو المكاتب جاز ولو شرط أحد شريكى المفاوضة أو العنان أو المضارب أو رب المال ان يكون عند الشريك الآخر أو عند المضارب أو رب المال لم يجز ولو اشترى لابنه الصغير وشرط فى الرهن بالثمن ان يكون عند الاب لم يجز ولو أعطاه الكفيل رهنا وشرط ان يكون عند الاصيل أو العكس جاز ولو كان الرهن فى يد عدل غائب أودعه عند من فى عياله فانه يطالبه بالدين الا أن ينكر الايداع أو يدعى لنفسه وان كان لا يدرى أين هو حلف المرتهن على العلم بالهلاك ويأخذ دينه ولو كان الرهن فى يد عدلين سيأتى بيانه ولم يعرف المؤلف العدل قالوا فى تعريفه هو الذى يقدر على البيع والايفاء والاستيفاء مسلما كان أو ذميا أو حربيا مستأمنا ما دام فى دارنا فلو كان العدل غير عاقل فوضع الرهن على يديه لم يكن رهنا لانه لم يصح منه البيع والايفاء والاستيفاء فلغا العقد عن الفائدة كذا فى المحيط وسيأتى لو كان العدل عبدا محجورا أو صبيا وقال زفر وابن أبى ليلى لا يصح الوضع عند العدل لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع اليه اذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعد ما ضمن العدل قيمته بما ضمن المستحق فانعدم القبض ولنا ان يده يد المالك فى الحفظ لكون العين أمانة وفى حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين لتحقق ما قصداه لان كلا منهما أمره فصارت يده كيدهما ولهذا لا يكون لاحدهما أن يأخذ منه على الخصوص ولو كانت يده يد أحدهما على الخصوص كان له أن يسترده منه ويجوز أن يجعل اليد الواحدة فى حكم يدين ألا ترى ان الساعى جعلت يده كيد الفقير وكيد صاحب المال حتى اذا هلكت الزكاة فى يده أجزأته ولو قدم الزكاة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على التناقص يتم النصاب بما فى يد الساعى كأنه فى يد المالك فتجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده ولو لم يجعل كأنه فى يد المالك لم يتم النصاب ولو لم يجعل يده كيد الفقير لملك استرداده وانما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من الراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه بخلاف ما اذا اتفق البائع والمشترى على وضع المبيع فى يد عدل حيث تكون يده يد البائع فحسب لان فى جعله نائبا

عن المشترى يعتبر موجبا للعقد فان موجب عقد المبيع ان تكون يد البائع على المبيع يد نفسه فى حق العين والمالية جميعا لانه ليس بنائب عن المشترى بوجه مّا واذا كان فى جعله نائبا عنهما يعتبر حكم البيع اعتبر نائبا عن البائع لان اليد كانت له فى الاصل ولا كذلك الرهن لان عينه أمانة فى يده بل فى يد المرتهن أيضا والمالية فيه هى المضمونة وهى فى حق المرتهن فأمكن أن يقوم شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تعيين موجبه قال رحمه الله ﴿ولا يأخذه أحدهما منه﴾ أى من العدل لانه تعلق به حقهما لان حق الراهن تعلق بالحفظ بيده وأمانته وحق المرتهن فى الاستيفاء فلا يملك كل واحد منهما ابطال حق الآخر ولو شرطا أن يقبضه المرتهن ثم جعلاه على يدى عدل جاز لان ما جاز للعدل أن يقوم مقام المرتهن فى الابتداء فكذلك فى البقاء ولو دفع العدل الرهن الى الراهن أو المرتهن يضمن لانه متى دفع الى المرتهن فقد دفع الامانة بغير اذنه كما لو دفع الى أجنبى ومتى دفع الى الراهن فقد أبطل ملك اليد والحبس على المرتهن فانه يثبت له ملك اليد والحبس بقبض العدل وابطال ملك اليد كابطال ملك العين فى ايجاب الضمان فان من أتلف الرهن يضمن للمرتهن كما يضمن للراهن وان قبضا القيمة من العدل وجعلاها رهنا فى يد العدل ثم قضى الراهن دين المرتهن فاراد أن يأخذ القيمة من العدل ينظر ان كان العدل ضمن بدفع الرهن الى الراهن ليس له ذلك لانه وصل اليه حقه فتبقى القيمة للعدل وان كان ضمن بدفع الرهن الى المرتهن فللراهن أخذ القيمة منه لانه لو كان الرهن قائما بعينه فى يده بعد قضاء الدين فللراهن أخذه وكذلك أخذ بدله ثم العدل هل يرجع بالقيمة على المرتهن ينظر ان كان دفع الرهن اليه على وجه العارية والوديعة لا يرجع بقيمة ما دفع اليه ان كان هلك الرهن فى يد المرتهن لان العدل لما ملك القيمة فقد ملك الرهن بالضمان فصار معيرا ومودعا ملكه فان دفع اليه رهنا بأن قال خذ هذا رهنك خذه فاحبسه يرجع العدل عليه بالقيمة لو هلك فى يده لانه ملكه بأداء الضمان وقد دفع الى المرتهن بجهة مضمونة وهى الرهن فصار كما لو دفعه اليه على سوم القرض والبيع وهذه التعريفات ذكرها الفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى ولو كان العدل رجلين والرهن ما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما جاز ولم يضمنا لان اجتماعهما على حفظ جميع الرهن فى الاوقات كلها وهو لا يقسم متعذر فلم يبق امكان الحفظ الا بالتهايؤ ومطلق الامر بالحفظ ينصرف الى حفظ يمكن بدلالة احالة الامر وذلك بالتهايؤ والثابت دلالة كالثابت نصا فجعل الدفع الى أحدهما باذن المالك فلم يضمنا وان كان مما يقسم يضمن القابض بالاجماع ويضمن الدافع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما على ما عرف فى الوديعة قال رحمه الله ﴿ويهلك فى ضمان المرتهن﴾ لان يده فى حق المالية يد المرتهن والمالية هى المضمونة ولو دفع العدل الرهن الى أحدهما ضمن لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وكل منهما أجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى واذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدى فيه اما باتلافه أو بدفعه الى أحدهما أو أتلفه المدفوع اليه لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهنا فى يده لان القيمة واجبة عليه فلو جعلاها رهنا فى يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن يأخذانها منه ويجعلانها رهنا عنده أو عند غيره فيجوز فان تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الامر الى القاضى ليفعل ذلك فان جعل القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الاول أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين فقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿فان وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح﴾ لان الراهن مالك فله أن يوكل من شاء من الاهل ببيع ماله مطلقا ومنجزا لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المانع من التصرف حق المالك وبالتسليط على بيعه أسقط حقه والاسقاطات يجوز تعليقها بالشروط ولو أمر ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد ما بلغ لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يصح لقدرته عليه عند الامتثال هو يقول ان أمره يقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا قال رحمه الله ﴿فان شرطت فى عقد الرهن لم ينعزل بعزله ويموت الراهن والمرتهن﴾ لان الوكالة لما شرطت فى عقد الرهن صارت وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى انها لزيادة الوثيقة فلزم بلزوم أصله ولا يتعلق به حق المرتهن وفى العزل ابطال حقه وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعى ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم بأصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمى لموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل لما عرف فى موضعه وهذه الوكالة بخلاف المفردة من وجوه منها ما ذكرنا ومنها ان الوكيل هنا اذا امتنع عن البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة ومنها ان هذا

يبيع الولد والارش بخلاف المفردة ومنها انه اذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه الى جنس الدين بخلاف المفردة ومنها ان الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطأ فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل أن يبيعه بخلاف المفردة وانما لم ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فكان أجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة وهذا اذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره أولى أن لا ينعزل وقيد المؤلف بقوله شرطت فى عقد الرهن فلو كانت بعد عقد الرهن ذكر الكرخى فى مختصره للراهن أن يعزله وينعزل بموته لان التوكيل بالبيع وقع منفردا عن الرهن وانما جعلناها من توابع الرهن لكونها مشروطة فيه فاذا لم تشترط فى الرهن اعتبرت وكالة مبتدأة وروى عن أبى يوسف انه لا ينعزل وهو اختيار بعض مشايخنا لان المشروط بعد الرهن التحق بالعقد لان اشتراط البيع حتى يوفى دينه من ثمنه زيادة ايفاء وتأكيد شرط فى الرهن لانه يثبت فى الرهن ايفاء حكمى وباشتراط البيع فيه ثبت أيضا حقيقى وكان اشتراط زيادة أيضا والزيادة فى المعقود عليه تلتحق بأصل العقد وصار كالمشروط فيه ابتداء وكالزيادة فى الثمن ولو مات العدل بطلت الوكالة حتى لو أوصى ببيعه لم يجز والرهن على حاله لان الراهن رضى ببيعه ولم يرض ببيع غيره وقد وقع العجز عن البيع بنفسه ونائبه فبطلت الوكالة ضرورة والرهن لا يبطل لان العدل نائب عن الراهن والمرتهن فى الامساك والحفظ والرهن لا يبطل بموتهما فبموت نائبهما أولى ولو اجتمع الراهن والمرتهن على وضعه على يدى عدل آخر وقد مات الاول أو على يدى المرتهن جاز لان الحق لهما فان اختلفا وضعه القاضى على يدى عدل وان شاء على يدى المرتهن لانه ليس للراهن والمرتهن حق فى الامساك والحفظ فينصب القاضى عدلا آخر يمسكه ويحفظه نائبا عنهما لان القاضى نصب لايفاء حقوق الناس واذا علم القاضى ان المرتهن يتهم العدل فى العدالة لم يضعه على يديه وان كره الراهن لانه لما كان له ولاية الوضع على يدى عدل آخر مع اباء الراهن فكذا له ولاية الوضع على يدى المرتهن فاما اذا أراد أن يضعه على يدى الراهن ذكر فى بعض الروايات ليس له ذلك لانه لا يفيد لان المقصود من الرهن الاستيفاء وذلك بأن يضجر الراهن بامساك الرهن عنه فيسارع فى قضاء دينه وذلك لا يحصل متى كان الرهن فى يده فيكون الوضع فى يده اشتغالا بما لا يفيد وذكر فى بعض الروايات له ذلك لان الضجر لم يثبت من كل وجه لان العين وان كانت فى يده لكن بقى ممنوعا عن الانتفاع به فالحجر عن الانتفاع مما يضجره وبازاء مافات من الضجر حصل للمرتهن منفعة أخرى وهو انه متى هلك فى يد الراهن لا يسقط من دينه كما لو أعاره منه وهلك فى يده ولذا لو جعلاه على يد عدل أو سلطا رجلا آخر على بيعه وسلم الثمن الى المرتهن أو سلط المرتهن على بيعه جاز وليس له فسخه وعزله لما بينا ولو عزلا العدل سلطا غيره أو لم يسلطا جاز لانهما لو اتفقا على فسخ الرهن جاز فكذا على ما شرط فيه ومن التسليط على البيع المرتهن لو قبضه وجعل الراهن مسلطا على بيعه جاز لان الرهن أوجب حكمه وهو الحبس دائما حين قبضه المرتهن فاذا فات القبض والحبس بعد ذلك فيتصور عوده فى كل زمان لان للمرتهن حق استرداده ولا يبطل عقد الرهن لان فوات حكم العقد على وجه يتوهم ويرجى عوده لا يوجب بطلان العقد كما لو أعار من الراهن وهذا اذا شرطا بعد الرهن فاما اذا شرطا فى الرهن ان يكون العدل هو الراهن لا يصح الرهن وان قبضه المرتهن لانه اذا شرط فى الرهن ان يكون الرهن عنده ساعة فلا يجوز كما لو قال يوما ويوما لا ارتهن دارا وسلط الراهن رجلا على بيعها وايفاء الثمن ولم يقبضها المرتهن لم يكن رهنا لعدم قبضه بنفسه ولا بنائبه وبيع العدل اياها جائز بالوكالة والثمن يدفع الى الراهن فان دفعه الى المرتهن لم يضمن وينعزل العدل بموت الراهن والرهن اسوة الغرماء لان الرهن لم يصح فلم يتعلق حق المرتهن بالثمن الا انه أمره بالبيع وبقضاء الدين من الثمن والمأمور بقضاء الدين ان شاء دفع الى الآمر وان شاء دفع الى الغريم ويكون هذا وكيلا محضا حتى لا يجبر العبد على البيع وينعزل بموت الامر لانه شرط البيع فى رهن غير لازم فلا يكون البيع لازما ولو قتل العبد المرهون عبد العدل المسلط على بيعه أو فقأ عينه عبد فدفع مكانه فهو مسلط على بيعه بمنزلة الاول لان العبد المدفوع صار رهنا لان حق المرتهن كان ثابتا فى الاول والبدل قائم مقام الاول فثبتت ولايته فى الثانى حسب ثبوت ولايته فى الاول بخلاف الوكيل المفرد لانه ما ثبت له حق بيع الاصل حتى يسرى الى بدله ولو كان العدل عبدا محجورا أو غير محجور أو صبيا عاقلا مأذونا وغير مأذون جاز ولا تلزمهما العهدة الا باذن المولى والولى لانهما لا يؤاخذان بضمان الاقوال الا باذن المولى والولى قال رحمه الله ﴿وتبطل بموت الوكيل حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه﴾ لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبى يوسف انه ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملك الوصى كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصى المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار عروضا قلنا الوكالة حق على الوكيل فلا تورث عنه لان الارث يجرى فى حق له لا فى

حق عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث عنه فتقوم الورثة مقامه فيه ولان المضارب له ولاية التوكيل فى حياته فجاز ان يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب فى مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل فى حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته ولو أوصى لرجل ببيعه لم يصح الا اذا كان مشروطا له فى الوكالة فيصح لانه لازم بوضعه وفى الذخيرة لو مات العدل بطل التسليط وفى السراجية العدل المسلط على البيع اذا باع البعض بطل الرهن فى الباقى واذا باع العدل الرهن ووقع الاختلاف بين الراهن والمرتهن والعدل فى مقدار الثمن فقال العدل بعت بمائة فأعطيتها المرتهن وقال المرتهن باعه بخمسين فالقول للمرتهن مع يمينه كذا فى الخانية وان أقام البينة فالبينة بينة الراهن واذا كان العدل مسلطا على البيع اذا حل الاجل فقال المرتهن كان الاجل الى شهر رمضان وقد دخل شهر رمضان وقال الراهن الى شوّال فالقول قول الراهن وفى وقت حلول الاجل القول قول المرتهن واذا باع العدل بالنسيئة جاز البيع من غير تفصيل كذا فى الاصل وفى غيره اذا باع بنسيئة غير معهودة بان باع الى عشر سنين ينبغى ان لا تجوز عندهما وقال القاضى أبو على النسفى ان تقدم من الراهن ما يدل على البيع بالنقد بان قال المرتهن يطالبنى بدينه و يؤذينى فبعه حتى أوفيه فباعه بالنسيئة لا يجوز بمنزلة مالو قال بعه فانى محتاج الى النفقة وفى الذخيرة لو كان المرتهن هو العدل فقال له الراهن بعه واستوف دينك من ثمنه فباعه بالنسيئة يجوز كيفما كان وقال شمس الائمة السرخسى لو لحق العدل جنون يقع الاياس من افاقته فينعزل وان كان يرجى افاقته لا ينعزل حتى اذا عاد عقله اليه له ان يبيع وان باع فى حال جنونه لا يصح والعدل فى حق العين كالمودع فما جاز للمودع جاز للعدل ولا يملك ان يسافر بالرهن اذا كانت الطريق مخيفة واذا كان الطريق آمنا وقيد بالمصر لا يملك السفر وفى الغياثية اذا مات المرتهن يبيع العدل العين المرهونة بحضرة الورثة ولو باع العدل ثم رد عليه بعيب رجع به على الراهن الا ان يكون الرد عليه باقراره بعيب جاز ان يحدث فى المدة ولو صدقه الراهن بالعيب فى يده يرجع به عليه ولو اختار العدل أحدهما فافلاس ليس له أن يرجع على الآخر ولو قال المرتهن كان قيمته يوم الرهن كذا ثم ادعى النقصان لم يصدق ولا يرجع بالنقصان الا اذا كان تراجع السعر فى تلك المدة معروفا ولو قال العدل بعت وقبضت الثمن وهلك عندى أو دفعته لك صدق عليه وفى الخانية رهن شيأ بدين مؤجل وسلط العدل على بيعه اذا حل الاجل فلم يقبض العدل الرهن حتى حل الدين فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية ولو رهن شيأ بدين مؤجل وسلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند حلول أجل الدين فللعدل أن يبيعه بعد ذلك وفى المنتقى والذخيرة بشر عن أبى يوسف رهن من آخر عبدا ووضعاه على يد عدل وغاب الراهن فقال المرتهن أمرك ببيعه وقال العدل لم يأمرنى ببيعه قال لا أقبل بينة المرتهن عليه وفى الاملائيات العدل أوصى الى رجل ببيع الرهن لم يجز الا ان يكون الراهن قال له فى أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعته فحينئذ يجوز لوصيه بيعه ولا يجوز للوصى ان يوصى الى ثالث روى الحسن عن أبى حنيفة ان وصى العدل يقوم مقام العدل فى البيع وروى ابن مالك عن أبى يوسف ان وصى العدل يقوم مقام العدل فى البيع بمنزلة المضارب يموت والمال عروض فان وصيه يقوم مقامه فى البيع قال الحاكم أبو الفضل هذا الجواب خلاف جواب الاصل شرح الطحاوى فان سلط العدل على البيع وأداء الثمن منه جاز بيعه عند أبى حنيفة فيما عز وهان وباى ثمن كان من قبيل المطلق بالبيع فان باعه بجنس الدين فانه يقضى دينه من الثمن وان باعه بخلاف جنس الدين فانه يبيع الثمن بجنس الدين ويقضى دين المرتهن وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيعه بالدراهم والدنانير بمثل قيمته أو أقل بقدر ما يتغابن الناس فيه فان باعه بجنس الدين قضى به الدين وان باعه بخلاف جنسه صرفه بجنس الدين وقضى الدين وذكر فى الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فاقام بينته انه باع بسبعين وأقام الراهن بينته انه مات فى يد المرتهن أخذ ببينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ ببينة الراهن والظاهر ان العدل وكيل عبر عنه بلفظ الوكيل قال رحمه الله ﴿فان حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب اذا غاب موكله أجبر عليها﴾ لان الوكالة بالشرط فى عقد الرهن صارت وصفا من أوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق بالبيع وفى الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه كما فى الوكيل بالخصومة اذا غاب موكله والجامع بينهما ان فى الامتناع فيهما ابطال حقهما بخلاف الوكيل بالبيع لان للموكل ان يبيع بنفسه ولا يبطل حقه أما المدعى فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه وقوله وغاب الراهن يظهر انه قيد فى جبر العدل على البيع وليس كذلك قال فى المحيط ولو أبى العدل البيع وقد سلط عليه يجبره القاضى على بيعه لان الوكالة صارت حق المرتهن حتى لو أراد العدل استرداد الرهن للراهن حتى يبطل الايفاء

منع من ذلك والعدل يفارق الوكيل المفرد بالبيع فى أربعة أشياء قدمنا ثلاثة منها والرابع العدل يملك المصارفة بالثمن اذا باع العين بخلاف جنس الدين بخلاف الوكيل المفرد لان العدل مأمور بقضاء الدين فيملك المصارفة بالثمن من جنس الدين حتى يملك ايفاء الدين كما لو قال لآخر اقض دينى من دارى كان مأمورا ببيع الدار وبايفاء الدين من ثمنها اوكل العدل ببيع الرهن وكيلا فباع جاز ان كان حاضرا وان كان غائبا لم يجز الا ان يجيزه بعد البيع كما فى الوكيل المفرد على مامر وكذلك لو قدر العدل للوكيل ثمنا جاز مطلقا وقيل هو على التفصيل الذى ذكرنا وقيل فيه روايتان فى رواية الوكالة انه لا يجوز الا ان يبيع بحضرته أو باجازته وفى رواية الكتاب يجوز مطلقا لان هذا بيع حضره رأى الاول لان الرأى انما يحتاج اليه من الاول لتقدير الثمن لان ثمن الشئ لا يعرف الا بالرأى فاذا قدر الاول الثمن وقد باع الثانى بذلك المقدار فقد حضر رأى الاول وان لم ينعقد بعبارته والشرط ان يكون برأيه ونطقه فصار كما لو باع بحضرته وجه رواية الوكالة ان هذا بيع لم يحضره الاول لان رأى الاول بالثمن الذى قدر تعلق بعدم العلم برغبة المشترى فى الزيادة فى ثمن المبيع وبعدم زيادة رواج الساعة لان الاول متى علم من المشترى الرغبة فى المبيع بالزيادة على الثمن المذكور لا يجيزه فى ذلك فيكون فى ذلك احتمال فلا يثبت رأى الاول بالشك والاحتمال بخلاف ما لو أجاز فان الثانى لا يصير مؤتمنا حال غيبة الاول ضرورة صحة الاجازة فانه لابد من الحكم بصحة الاجازة اذا حصلت الاجازة ممن يملك الانشاء وائتمان الاجنبى يثبت حالة الضرورة كالمودع اذا دفع الوديعة الى الاجنبى حالة الخوف والفرق جاز وفى غير هؤلاء لو صار الثانى مؤتمنا فانما يصير مؤتمنا ضرورة صحة التوكيل ولا ضرورة الى الحكم بصحة التوكيل لانه ليس انشاء عقد ولا اجارة وائتمان الاجنبى من غير ضرورة لا يجوز فكانت هذه الرواية أصح باعه أجنبى فاجازه الراهن والمرتهن وأبى العدل جاز ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز لان الحق لهما لا يعدوهما لان الملك للراهن والحق للمرتهن فيشترط اجتماعهما على الاجازة فاذا أجازا جاز وكان ذلك اخراجا للعدل عن الوكالة وتوكيلا للآخر بالبيع وهما ذلك كما لو كان للراهن أرض خراج أو عشر وأخذ الخراج والعشر من الراهن لا يرجع فى ثمنه لان الراهن صار قاضيا حقا واجبا عليه فلا يرجع به فى حال تعلق به حق غيره وان أخذ ذلك من الثمرة أو الغلة لا يبطل شيأ من الرهن لان هلاك الزيادة من العين لا يسقط شيأ من الثمن ويكون ذلك محسوبا على الراهن ولانه لو لم يستحق شيأ من العين فان لصاحب الارض ان يعطى الخراج من مال آخر فلم يصر شئ من الدين مستحقا الا اذا أخذه السلطان بغير حق فانه يسقط من الدين بقدره لانه غصب منه فصار كما لو هلك بعض الرهن فى يده ولو كان الراهن مفلسا والرهن فى يد العدل فاستحق العبد فدفع العدل البدل وأبقاه فى يده يبيعه ويستوفى ثمنه وهو أحق به من المرتهن لان حقهما تعلق بالعبد فى وقت واحد لان حق المرتهن فيما تحول من العبد الى ثمنه بالبيع وانما يتعلق بالعبد ثانيا بعد الرد وحق العدل تعلق بالعبد فى هذا الوقت فقد استويا الحقين فى وقت تعلق الحق ترجح دين العدل لتعلقه بالعبد لانه وجب بسبب هذا العبد ودين المرتهن لم يجب بسبب هذا العبد فصار العدل أولى كدين العبد مع دين المولى فيكون دين العبد أحق وصار كما لو دفع العدل الثمن الى المرتهن ثم رد عليه بالعيب فيسترد الثمن منه فكذا هذا باع العدل بيعا فاسدا لا يضمن كالوكيل المنفرد ومعنى الاجبار ان يحبسه القاضى أياما ليبيع فان لج بعد الحبس أياما فالقاضى يبيعه عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل أبى حنيفة فكذلك عند البعض لانه تعين جهة لقضاء الدين ولان بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع وقيل لا يبيع القاضى عنده كما لا يبيع المديون عنده لقضاء الدين ثم اذا أجبر على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان الاجبار وقع على قضاء الدين باى طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق وبمثله لا يكون مكرها فلا يفسد اجباره به ولو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وانما شرطاه بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يصر وصفا من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل يجبر كى يؤدى حقه وهذا أصح حتى روى عن أبى يوسف ان الجواب فى الفصلين واحد فى انه يجبر على القول قضاء وذكر محمد فى الجامع الصغير والاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل من ان تكون الوكالة مشروطة فيه ٧ يدل على ذلك فلو باع العدل خرج من ان يكون رهنا والثمن قائم مقامه فيكون رهنا مكانه وان يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن فاذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبده فدفع به لكونه قائما مقام الاول لحما ودما

فيكون رهنا مكانه قال رحمه الله ﴿وان باعه العدل وأوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه﴾ وكشف هذا أن المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون قائما أو هالكا ففي الوجه الثاني المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه بالاخذ أو التسليم وان شاء ضمن العدل لانه متعد مثله بالبيع والتسليم فصار غاصبا بذلك فاذا ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لان الراهن قد تملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه أمره ببيع ملك نفسه وان ضمن المستحق العدل نفذ البيع أيضا لان العدل ملكه باداء الضمان ثم هو بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيه فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرر من جهته ونفذ البيع لان الرهن لما كان مدار الضمان عليه وضمنه ملكه باداء الضمان فتبين أنه امره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين ان الثمن أخذه بغير حق لان العدل ملك العبد باداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل الى الراهن على تقدير أن لا يرجع على الراهن بما ضمن لانه المباشر فصار الثمن له لانه بدل ملكه وانما أداه الى المرتهن على حساب ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه وفي الوجه الاول وهو ما اذا كان قائما في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ملكه ثم ان للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما دفعه المشتري اليه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم اذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح الرهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن من الدين وان شاء العدل رجع على المرتهن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده ونقض قبض المرتهن ضرورة فاذا دفعه الى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه ولو أن المشتري سلم الثمن بنفسه الى المرتهن لم يرجع على العدل به لان العدل في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض منه شيأ فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن أو لم يقبض لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على القابض بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه كذا ذكره الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وقال شمس الائمة السرخسي هو ظاهر الرواية لان رضا المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فصار التوكيل مستأنفا في ضمن عقد الرهن فكان منفصلا عنه ضرورة على ان فخر الاسلام وشيخ الاسلام قالا قول من يرى جبر هذا الوكيل أصح لاطلاق محمد في الجامع الصغير والاصل ما بيناه فتكون الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في جميع ماذكرنا من الاحكام هناك ولم يتعرض المؤلف رحمه الله تعالى لرهن المكاتب والمأذون والمضارب وأحد الشريكين في المبسوط المكاتب كالحر في الرهن والارتهان ورهن العبد التاجر وارتهانه جائز ورهن المضارب على أقسام اما ان يكون رب المال أمره بالاستدانة ولم يامره بالرهن أو بالعكس أو أمره بهما فان أمره بالاستدانة فالرهن جائز وتفسير الاستدانة أن يشتري بالنسيئة على المضاربة ولم يبق من رأس المال شئ فان صار مال المضاربة كله عروضا فاذا بقي شئ من رأس المال لا يكون مستدينا على المضاربة ويجوز على وجه الشركة لا على وجه المضاربة ولا يستدين من قبل أن يقبض رأس المال واذا رهن به شيأ من مال المضاربة بامر رب المال جاز وان لم يامره رب المال بالاستدانة لا يجوز وان أمره بالاستدانة ولم يامره بالرهن فالاستدانة جائزة والرهن فاسد في نصيب المضارب لانه رهن مال المضاربة عن مال نفسه واذا فسد في نصيبه فسد في الكل وان أمره بالرهن ولم يامره بالاستدانة فالاستدانة تلزم المضارب خاصة والرهن يكون جائزا ورهن أحد شريكي المفاوضة بدين جناية جائز وهو ضامن وليس لشريكه أن ينقض وأحد شريكي العنان اذا رهن متاعا من الشركة فهو على قسمين اما ان رهن أو ارتهن وكل قسم لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان رهن بدين عليهما فان اشتركا على أن يعمل كل واحد منهما برأي نفسه فرهن أحدهما وارتهانه جائز على صاحبه في الامور كلها وان اشتركا على أن يعملا معا وان يبيعا معا أو متفرقا ان ولي الادانة بنفسه يجوز رهنه على صاحبه لان له أن يقضي هذا الدين من مال الشركة لانه هو المطالب بهذا الدين واذا ادان صاحبه أو أدانهما جميعا في نصيب صاحبه لانه رهن نصيب صاحبه بدين صاحبه بغير اذنه واذا لم يجز في نصيب صاحبه لا يجوز في نصيبه لان نصيبه مشاع ويضمن نصيب صاحبه ان هلك وهذا كله اذا كان الشريك

راهناواذارهن أحدهمابدين لهماولم يشترطافى الشركة ان يعمل كل واحد منهما برأيه ان ولى هو الاستدانة بنفسه يجوزارتهانه لانه ملك استيفاء هذا الدين لانه وجب بعقده فيملك الارتهان به لانه استيفاء حكما وان ولى الادانة صاحبه أو ولياالادانة بانفسهما لايجوزفى نصيب صاحبه لانه لايملك استيفاء نصيب صاحبه فلايملك الارتهان لنفسه وان لم يجزفى نصيب صاحبه لايجوزفى نصيبه أيضالانه مشاع وان هلك المرتهن ذهب حصته من الدين ويرجع شريكه بحصته على المطلوب وان شاء رجع بها على صاحبه لان الرهن الفاسد فى حق افادة الاحكام ملحق بالصحيح فصار المرتهن مستوفيا الدين فصار مستوفيا نصيب صاحبه بغيراذنه بالهلاك فصاركما لواستوفى حقه والدين واجب بادانة صاحبه فلصاحبه أخذ نصف الدين منه وان شاء أخذ من المطلوب فكذا هذا فاذا أخذ من المطلوب يرجع المطلوب على المرتهن بنصف قيمة الرهن طعن عيسى وقال وجب أن لايرجع لان المرتهن أجنبى فى نصيب صاحبه ولهذا لايبرأ المطلوب من حصة صاحبه فصاركما لودفع الغريم رهنا الى أجنبى آخر ليجيز صاحب الدين ولم يجز وقد هلك فى يده لم يضمن فكذا هذا والجواب عنه أن المرتهن صار مستوفيا نصيب نفسه وصح استيفاؤه واستوفى نصيب صاحبه بغيراذنه فصار مضمونا عليه لانا لوجعلناه أمانة فى يده كان لصاحبه أن يشاركه فيما استوفاه لنفسه واذا شاركه فيه وأخذ منه كان للقابض أن يرجع فيما كان أمانة فى يده ابتداء فاذا أخذ ذلك كان لشريكه أن يأخذ منه نصف ذلك بنصف مابقى ثم وثم الى أن لايبقى شئ فى يده أمانة فتى جعلنا نصيب شريكه أمانة فى يده ابتداء احتجنا الى أن نجعله مضمونا عليه انتهاء فجعلناه مضمونا فى الابتداء قصرا للمسافة ولا كذلك الاجنبى أخذ هارهنا بدين لهما فقال شريكه لم نأخذه رهنا وقال الآخر أخذت وهلك فان كان هو المتولى للبيع فالقول له وان كان وليه الآخر لم يصدق الاان أذن كل واحد لصاحبه أن يعمل برأيه فى الرهن لان الارتهان بمنزلة الاستيفاء فى نصيب صاحبه فلايملك الارتهان به الاباذن صاحبه كفل عن الرجل بدين وارتهن من المكفول عنه وقبض جاز لانه ثبت على المكفول عنه للكفيل دين والرهن يجوز بدين مؤجل افترق الشريكان ثم هلك الرهن فى يد أحدهما وقال أخذته بدينى ودينك قبل الافتراق وقال الآخر أخذته بعد الافتراق فان كان هو ادان وأخذه فى الشركة أو بعدها جاز عليهما الانه حكى أمرا يملك استيفاءه للحال فانه لوارتهن للحال جاز ويصدق فيما حكى وان كان الآخر ادانه أو ادانا جميعا فعلى البينة انه أخذه من الشركة لانه حكى أمرا لايملك استيفاءه للحال فانه لوارتهن به للحال لايجوز فلايصدق فيما حكى الا ببينة كالوكيل بالبيع بعد العزل اذا قال كنت بعت وكذبه الموكل فضولى أخذ بدين الآخر رهنا لا يكون مضمونا على الآخذ لانه دفع اليه المطلوب ليكون عدلا فى الرهن لانه لم يخبره ان صاحب الدين وكله بذلك الاجنبى أخذ الرهن لغيره لالنفسه فلا يكون مضمونا عليه حتى لوقال الاجنبى الفضولى وكانى باخذ الرهن وكذبه الراهن فيما ادعى يضمن قيمته للراهن لانه لما كذبه لم تثبت الوكالة فى زعمهما فصار القابض مطالبا برده لان مادفعه اليه للامانة كلوكيل بقبض الوديعة اذا كذبه المودع فله أن يرجع عليه فكذا هذا ولوصدقه الراهن فى الوكالة لم يرجع على الوكيل بشئ لان الوكالة تثبت فى زعم الكل وقبض الوكيل كقبضه فيكون المطالب اذذاك هو الموكل فقد أبرأه بذلك عن الضمان قال رحمه الله ﴿وان مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه﴾ والاصل فيه ان العبد المرهون اذا هلك فى يد المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد فى حقه الراهن بالاخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسلم فان ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن لان الراهن ملكه باداء الضمان مسندا الى ماقبل التسليم فتبين انه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض قضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك فى المضمون ثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق ابتداء قلنا هذا طعن أبى حازم القاضى والجواب عنه ان المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور بالتسليم للمرتهن ويملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين انه رهن ملك نفسه بل رهن ملكا لغيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بهلاك العين ولان الراهن يملك العين بالتلقى من المرتهن لان المرتهن يملك أولا باداء الضمان ثم ينتقل الى الراهن كما فى الوكيل بالشراء كان المشترى اشتراه من المستحق وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب فى حق المستحق فاذا ضمن يملك المضمون ضرورة لكيلا يجتمع البدلان فى ملك واحد ثم الراهن يتلقاه فيكون ملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه فتبين انه رهن

ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لانه يضمنه منه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا والله أعلم

﴿باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

لما كان التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخرا طبعا عن كونه رهنا أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع قال رحمه الله ﴿ويتوقف بيع الراهن على اجازة مرتهنه أوقضاء دينه﴾ اختلفت عبارة محمد رحمه الله تعالى فى هذه المسئلة قال فى موضع بيع المرهون فاسد وفى موضع جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على اذا لم يجز المرتهن فان القاضى يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشترى تسليمه وقوله جائز بمعنى نافذ محمول على ما اذا أجازو سلمه وفى الجامع باع الراهن الرهن فالبيع باطل قيل معناه سيبطل وعن أبى يوسف ينفذ سواء علم المرتهن بالبيع أولا وانما يتوقف لانه تعلق به حق المرتهن وفى بقائه ابطال حقه فلا ينفذ الا باجازته أو بقضاء الراهن الدين لزوال المعنى وهو تعلق حق المرتهن أراد بالبيع ماهو مثله مما تعلق بنفاذه ابطال حق المرتهن فى الحبس بخلاف مالو زوجها الراهن فانه ينفذ ولا يتوقف على اجازة المرتهن لان للمرتهن أن يحبسها عن الزوج كما أن للمولى ذلك وقولهم فى التعليل انه تعلق به الى آخره٧ أقول فى تمام هذا التعليل من القدرة نظر فانه ينتقض بما اذا أعتق الراهن عبد الرهن ينفذ عتقه كما سيأتى فى الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا فالوجه فى التعليل ههنا ان يقال لا نعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته ألا ترى ان المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال فى آخر تعليل مسئلة الاعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم فتدبر قوله وامتناع النفاذ بالبيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم لان يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم فاذا انعقد البيع باجازة المرتهن انتقل حقه الى الثمن فيكون محبوسا بالدين وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى ان المرتهن ان شرط أن يكون الثمن رهنا عند الاجازة كان رهنا والا فلا لانه بالاجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وان ماله أخذه فلكه بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا أجره الراهن فأجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما يتعلق به حقه وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل لحقه لان حقه تعلق بماليته وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه اليه كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل من غير شرط لما ذكرنا ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضا بالبيع لا يدل على الرضا بسقوط الحق رأسا فيبقى الحق على غيره بخلاف ما ذكر لان الاجرة ليست ببدل حقه وبخلاف ما اذا باع العين المستأجرة فأجاز المستأجر البيع حيث لا ينقل حقه الى الثمن لانه ليس ببدل العين وحقه فى العين فافترقا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ فى رواية ابن سماعة عن محمد حتى اذا افتكه الراهن لا سبيل للمشترى عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيز وله أن يفسخ وفى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه وفى المختصر اشارة اليه حيث قال توقف على اجازة المرتهن أو قضاء دينه جعل الاجازة اليه دون الفسخ وجعله متوقفا على قضاء الدين وهذا دليل على ان فسخه لا ينفذ ووجه الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه فى الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقى متوقفا على المشترى ثم ان المشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى وللقاضى ان يفسخ العقد بفوات القدرة على التسليم لان ولاية الفسخ له لا الى المشترى والبائع وهو الراهن وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فان المشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع وان شاء رفع الامر الى القاضى والاجارة مثل الرهن حتى لا ينفذ بيع المؤجر ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن فالثانى موقوف أيضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فايهما أجاز لزم ذلك و بطل الآخر ولو باعه الراهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الاجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود والفرق أن المرتهن له منفعة فى البيع لان حقه يتحول الى الثمن على ما بيناه وقد يكون أحد العقدين أنفع من الآخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به أما هذه العقود فلا منفعة له فيها لان حقه لا ينقل الى الآخر لما بينا ولا بدله من الرهن والهبة فكان اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع كما لو باع المؤجر العين المستأجرة من اثنين فأجاز المستأجر البيع الثانى نفذ الاول لانه لا نفع له فى البيع اذ لا ينقل حقه الى البدل على ما بيناه فكان اجازته اسقاطا لحقه فنفذ الاول لزوال المانع هذا

اذا تعلق بالعين المرتهنة حق للغير بحق باشره الراهن وأما لو تعلق باقراره قال في المحيط هذا على قسمين أحدهما في اقرار الراهن بالمرهون للغير والثاني في اقرار المرتهن انه لغير الراهن أما القسم الاول رهن عبدا بألف ثم قال هو لفلان لم يصدق لان اقراره يتضمن ابطال حق المرتهن وانه يحتمل النقض والابطال فلم يصح في حق المرتهن كالبيع والاجارة ثم المقر له ان شاء أدى المال وقبض الرهن لان عدم صحة الاقرار لحق المرتهن فاذا زال حقه صح الاقرار كما في البيع فكما أن للمشتري أن يقضي الدين ويأخذ المبيع فكذا هذا ويرجع بما قضى على الراهن لانه قضى دينه وهو مضطر فيه لاحياء حقه فانه لا يصل الى ملكه الا بقضاء الدين وكان كالمعير للرهن يرجع به على المستعير فكذا هذا وان شاء ضمن الراهن قيمة العبد لان الراهن زعم انه ملكه رهنه بماله وسلمه بغير أمره وقد عجز عن رده اليه للحال لحق المرتهن فيضمن قيمته وللمقر أن يستحلف المرتهن على علمه لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه فان أنكر استحلف عليه وان لم يؤد المال وأعتق العبد جاز عتقه لان الراهن والمرتهن تصادقا على عتق العبد لان الراهن زعم انه ملك المقر له واعتاق المالك نافذ والمرتهن زعم انه كان ملك الراهن لا المقر له الا انه لما أقر له فقد سلطه على اعتاقه باقراره كما لو وكله بالاعتاق ثم المسئلة على أربعة أوجه اما أن يكون المقر له والراهن موسرين أو معسرين أو أحدهما موسر والآخر معسر والدين في ذلك كله حال أو مؤجل فان كانا موسرين والدين حال فالمرتهن فيه بالخيار ان شاء أخذ الدين من الراهن وان شاء ضمن المعتق القيمة ويكون رهنا وكان يجب أن لا يكون للمرتهن تضمين المعتق على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان من زعم المرتهن انه ليس بمالك وانما جاز عتقه بتسليط الراهن لانه لما أقر له بالملك فقد سلطه على الاعتاق فصار كما لو سلطه على الاعتاق بالوكالة فان الراهن لو وكل وكيلا باعتاق المشتري قبل القبض ونقد الثمن فأعتقه الوكيل لا يضمن الوكيل عندهما فتضمن ان يكون هذا على ذلك الخلاف اذ لا فرق بينهما ثم المعتق يرجع بما ضمن على الراهن للحال لانه لو كان العبد قائما كان له تضمين الراهن لما أحدث في ماله من الارتهان وتسليم ماله بغير أمره فصار غاصبا في حقه وصار ما أخذه المرتهن من المعتق ملكا للراهن لما ضمن ذلك للمعتق بخلاف المعير اذا أعتق العبد وهو معسر والدين مؤجل فضمنه المرتهن لا يرجع به على المستعير حتى يحل الدين لانه انما يرجع باعتبار انه قضى دينه وهو مضطر فيه وقد قضى دينه المؤجل فلا يرجع بالمعجل فاذا كانا معسرين والدين حال يسعى العبد للمرتهن ويرجع على الراهن دون المعتق لان في زعم العبد انه لا رجوع له على المعتق لان في زعمه ان المعتق لم يصر متلفا حق المرتهن بالاعتاق لان الرهن لم يصح لان الراهن رهن بغير أمره وكذلك اذا كان الدين مؤجلا وان كان المعتق موسرا والراهن معسرا والدين حال أو مؤجل فللمرتهن ان يستسعي العبد لان العتق حصل بتسليط الراهن فكان الراهن أعتقه بنفسه وهو معسر وان شاء ضمن المعتق لانه بمنزلة الوكيل عنه بالاعتاق ويرجع المعتق على الراهن لانه قضى دينه وهو مضطر فيه والعبد يرجع على الراهن دون المعتق وان كان المعتق معسرا والراهن موسرا والدين حال فالراهن يأخذ بقضاء دينه فاذا قضى الدين خرج المرتهن من الوسط فهذا رجل أعتق عبدا كله فارغا عاريا عن حق الغير فلا شيء على العبد وان كان الدين مؤجلا فالمرتهن بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه هو المسلط على العتق فكانه وكل المقر له باعتاقه وان شاء استسعى العبد والعبد يرجع على الراهن لانه أوفى الدين لا على المعتق لما بينا وأما القسم الثاني فهو على وجهين اما ان أقر المرتهن برقبة الرهن لرجل أو أقر بدين في رقبته وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه اما أن يفتكه الراهن أو يهلك الرهن أو يباع الرهن بالدين فان أقر برقبته لرجل وقال الرهن لفلان اغتصبه الراهن فان افتكه الراهن فلا سبيل للمقر على العبد ولا على ما أخذه المرتهن لان اقرار المرتهن لا يصح في حق الراهن لانه اقرار على الغير وما أخذه ليس بدلا عن الرهن بل هو دينه استوفاه وان كان هلك في يد المرتهن ضمن جميع قيمته للمقر له وبطل دينه لانه لما زعم ان الراهن اغتصبه من فلان ورهنه منه فقد زعم انه مودع الغاصب أو غاصب الغاصب وأيا ما كان فهو غاصب بخلاف ما لو افتكه لانه رده الى يد من أخذه منه فيبرأ عن الضمان ويبطل دينه لان اقراره في حق الراهن لم يصح فصح الرهن في حقه وأما اذا باع العبد اما الراهن أو العدل وأخذ المرتهن الثمن فان أجاز المقر له البيع أخذه من المرتهن وان لم يجز فلا لان من زعم المرتهن ان العبد للمقر له وقد بيع بغير اذنه فيكون موقوفا على اجازته فان أجاز يكون ثمن عبده وان لم يجز فليس بثمن عبده ولا سبيل له عليه وان أقر بدين عليه لرجل ان افتكه الراهن وأخذ منه العبد فلا ضمان على المرتهن لانه رد العبد الى من أخذ منه فان هلك في يده يرجع المقر له على المرتهن بدينه لا غير ولم يفصل في الكتاب بين ما اذا وجب دين المقر له قبل الرهن أو بعده وقيل هذا اذا وجب دينه قبل الرهن وان

وجب بعده فلاشئ للمقرله على المرتهن لان بالهلاك استوفى دينه من مالية العبد فاذا كان الدين واجبا قبل رهنه تبين انه استوفى دينه ومالية العبد دين على العبد وجب استيفاؤه ودين العبد مقدم على دين المولى فأما اذا وجب الدين بعد رهنه فحينئذ صار مستوفيا دينه من ماليته ليس فى مالية العبد دين وجب استيفاؤه فصح الاستيفاء وأما اذا بيع العبد فى الدين فللمقرله أن يأخذ الثمن من المرتهن أجاز البيع أولم يجز لان البيع ههنا جائز لانه ملك للمقرله فى العبد واذا اجاز البيع يقوم الثمن مقامه ومن زعم المرتهن ان المقرله أحق بثمن العبد منه لان دينه دين العبد ودين المولى ودين العبد مقدم على دين المولى فيدفعه اليه قال رحمه الله ﴿ونفذ عتقه﴾ أى نفذ عتق الراهن وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى وفى قول آخر لا ينفذ موسرا كان أو معسرا لان فى تنفيذه ابطال حق المرتهن ولنا ان العتق صدر من أهله مضافا الى محله وهو ملكه ووجب القول بنفاذه ولا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا أعتق المبيع قبل القبض أو الآبق أو المغصوب واذا زال ملك الراهن عن رقبته باعتاقه يزول ملك المرتهن لانه بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فاذا لم يمتنع الاعلى فالادنى أولى أن لا يمنعه ولا يلزمنا اعتاق الوارث العبد الموصى برقبته اذا لم يكن له مال آخر حيث انه لا ينفذ مع انه أعتق ملكه لانا نقول يعتق عند الثانى والثالث فى الحال وعند الامام يؤخر الى أداء السعاية على ما عرف فى اعتاق العبد المشترك ولم يكن اعتاقه لغوا وهو ههنا جعله لغوا ولا يقال المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل ان المولى اذا أتلفه يجب عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه لانه خرج عن ملكه لانا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار انه اذا أتلف المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده المأذون له فانه يضمن قيمته للغرماء مع بقاء ملكه فيه من كل وجه ولهذا ينفذ تصرفه فيه ولو قال المؤلف ونفذ تدبيره لكان أولى لانه اذا علم نفاذ التدبير من الراهن والتدبير أدنى حالا من الاستيلاد علم نفاذ الاستيلاد والاعتاق من باب أولى قال فى المبسوط اعتاق الراهن وتدبيره واستيلاده ينفذ ويضمن القيمة ويكون رهنا مكانه ان كان موسرا ثم ان كان المال حالا اقتضاه من القيمة وان كان الراهن معسرا فللراهن استسعاء المدبر وأم الولد فى جميع الدين والمعتق فى قيمته ثم يرجع المعتق بما ادى على المولى قال رحمه الله ﴿وطولب بدينه لو حالا﴾ يعنى اذا كان الدين حالا طالب المرتهن الراهن بعد العتق بالدين اذا كان موسرا لانه اذا طولب بالرهن كان له أن يأخذه بدينه اذا كان من جنس حقه فيكون ايفاء واستيفاء فلا فائدة فيه قال رحمه الله ﴿ولو مؤجلا أخذ قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه﴾ يعنى لو كان الدين مؤجلا يؤخذ من المعتق قيمة العبد وتجعل رهنا مكان العبد اذا كان موسرا لان سبب الضمان قد تحقق وفى التضمين فائدة وهى حصول الاستيثاق من الوجه الذى بيناه و يحبسها الى حلول الاجل فاذا حل اقتضاه بحقه اذا كان بجنسه لان للغريم أن يستوفى حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه وان كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كان أقل من حقه رجع بالزيادة لعدم ما يسقطه قال رحمه الله ﴿ولو معسرا سعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين﴾ لان حق المرتهن كان متعلقا به فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما فى عتق أحد الشريكين العبد المشترك ولان الضمان بالخراج والغرم بالغنم وظاهر عبارة المؤلف انه يسعى فى الاقل من الشيئين المذكورين والمنقول فى غيره انه يسعى فى الاقل من ثلاثة أشياء قال فى الجامع أصله ان الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمته يوم العتق والى ما كان مضمونا بالدين والى ما كان محبوسا به فانه يسعى فى الاقل من هذه الاشياء أما القيمة فلانه أحبس بالعتق من حق المرتهن هذا القدر فلا تلزمه السعاية الا فى هذا القدر كالعبد المشترك اذا أعتقه أحدهما وهو معسر وأما المضمون بالدين اذا كان أقل لان العبد مضمون بقدر الدين بالعتق وما يحدث بالزيادة المتصلة بعد القبض لم تصر مضمونة وهذا لان السعاية فى حق الزيادة فان كانت محبوسة بالدين فلا يمكن ايجاب السعاية على العبد فى حق الزيادة وان كان المحبوس أقل من المضمون ومن قيمته يسعى بقدره بان رهن عبدا بالف قيمته ألف فادى الراهن تسعمائة من الرهن ثم أعتقه وهو معسر يسعى العبد فى مائة وان كان مضمونا بالف حتى لو هلك يهلك بالف لانه محبوس بمائة فكان له ان يفتك بقدر مائة فكان العبد مضمونا بمائة من حيث اعتبار حالة الاعتاق رهن عبدا يساوى ألفا بالف فصار يساوى خمسمائة بتراجع السعر ثم أعتقه الراهن وهو معسر يسعى العبد فى خمسمائة لا غير ولو كان المعتق موسرا ضمن الالف كلها لان السعاية هنا أقل من الاشياء الثلاثة لان السعاية خمسمائة والعبد مضمون بالدين وذلك لانه لو هلك يهلك بالف فاذا انتقص سعره وهو محبوس بالف فان الراهن مالم يؤد الالف لم يفتك الرهن ثم يقضى بالسعاية فى الدين وان كان من جنس حقه وكان الدين حالا فان

لم

لم يكن من جنس حقه صرفه من جنس حقه كما تقدم وان كان الدين مؤجلا جعلت السعاية رهنا فاذا حل الاجل قضى به الدين على نحو ماذكرنا وفى الاصل ان كان مكان الاعتاق تدبير فالجواب فيه كالجواب فى الاعتاق الا فى فصلين أحدهما ان فى فصل الاعتاق ان كان الراهن موسرا فالعبد يسعى فى الاقل من ثلاثة أشياء وفى التدبير يسعى فى جميع الدين بالغا ما بلغ الثانى ان فى التدبير لا يرجع المدبر بما سعى وأدى على المولى وفى الينابيع ولو دبره ان كان الدين حالا سعى فى الدين بالغا ما بلغ وان كان مؤجلا سعى فى قيمته فتكون رهنا مكانه وفى المحيط رهن جارية تساوى ألفا بالفين فصارت الى ألفين بزيادة السعر و ولدت ولدا يساوى ألفا يفتكها بالفين لانها لولم تزد لا يفتكها الا بالفين فان زادت أولى واذا هلكت هلكت بالفين لان قيمتها يوم العقد ألف والزيادة المتصلة لم يرد عليها عقد ولا قبض مقصود فكان وجودها وعدمها بمنزلة وان أعتقها المولى وهو معسر سعت فى الالف وكذلك لو أعتقهما سعيا فى الالف ورجعا بذلك على المولى ورجع المرتهن ببقية دينه لان الراهن لما أعتقهما صار باعتاق الولد قابضا للولد حكما كالمشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض فيقسم الدين عليهما فيسعيان فى الالف لانها أقل من قيمتهما يوم العتق ورجعا بذلك على المولى لانهما أديا دينه من خالص ملكهما الا انهما يسعيان وهما حران ومن أدى دين الغير من خالص ملكه وهو مجبر عليه فعليه الرجوع على من عليه الدين اذا لم يسلم له العوض ولم يسلم للعبد ما كان للمرتهن من حق الحبس فى العبد لانه لا يحتمل النقل واذا رهن أمة قيمتها ألف بالف فجاءت بولد يساوى ألفا فادعاه الراهن وهو موسر ضمن المال لاتلاف حق المرتهن بالدعوى وان كان معسرا سعت الامة فى نصف المال والولد فى نصفه لان فى حالة الاعسار لا يجب الا السعاية وكل واحد منهما صار أصلا الام بالاستيلاد والولد بالاعتاق لانه بالاعتاق صار مشتريا الولد فيصير الولد أصلا فى الرهن كالام لان الولد لما حدث سرى اليه ما كان فى الام من حق الحبس فصار مرهونا كالام فان لم يؤد الولد حتى ماتت الام قبل ان يفرغ من السعاية يسعى فى الاقل من قيمته ونصف الدين ولا يزاد عليه شئ بموت الام لان الولد حدث قبل وجود السعاية على الام فلا يكون تبعا لها فى السعاية ولو زوج الراهن الامة المرهونة جاز ولا يقربها الزوج الا اذا زوجها قبل الرهن لان النكاح لا يتضمن ابطال حق المرتهن لان المرتهن لم يستحق منافعها ولا ضرر على المرتهن فى نفاذ النكاح فنفذ وغشيان الزوج يتضمن ابطال حقه فى الحبس لانه يستحق حبسها فصار كالمالك فى حق الحبس فله منعه عن الوطء وحبسها عنه بخلاف ما قبل الرهن لان الزوج ملك غشيانها قبل الرهن لانه استحق منافع بضعها مطلقا فلا يتمكن المرتهن من ابطال حقه فى القربان فان وطئها فولدت وماتت ضمن الراهن قيمتها لانه سلط الزوج على اتلاف حق المرتهن لانه بالنكاح سلطه على الوطء فيجعل وطء الزوج كوطء الراهن لانه حصل بتسليطه ولو وطئها الراهن صار مستردا للرهن وهذا لو زوج الامة المبيعة قبل القبض صار المشترى قابضا لها فصار كأن التلف حصل فى يد الراهن فيضمن ولو زوجها ثم رهن فوطئها الزوج ثم ماتت كانت من مال المرتهن استحسانا لا قياسا لان الوطء حصل بتسليط الراهن فيصير وطؤه كوطء المولى ولهذا يهلك على الراهن اذا زوجها بعد الرهن وجه الاستحسان ان الراهن لم يسلطه على اتلاف حق المرتهن لانه حين زوجها لم يكن حق المرتهن ثابتا فيها بل سلطه على اتلاف حق نفسه فلا يجعل وطؤه كوطء الراهن ولان الراهن سلطه على الوطء قبل الرهن و بالوطء قبل الرهن لا يصير متلفا حقه لان به لا يصير مستردا للرهن واذا رهن أمة بالف وقيمتها خمسمائة فكاتبها المولى فللمرتهن فسخها لان الكتابة تتضمن ابطال حق المرتهن لان المكاتب لم يصلح رهنا لانه لو أدى بدل الكتابة عتق و يبطل الرهن وكذلك لو نفذت الكتابة يبطل الرهن لانه لا يمكنه البيع والكتابة مما تحتمل الفسخ فتنفسخ فلو لم يكاتبها ولكن دبرها فسعت فى قيمتها ثم ماتت عن بنت تساوى خمسمائة فعلى ولدها أن يسعى فى خمسمائة لانه يسرى ما فيها من الدين الى التى ولدتها متى ولدت فيصير مدبرا تبعا للاصل فان سعت البنت فى مائة ثم ولدت بنتا ثم ماتت البنت الاولى وقيمة الاولى والسفلى سواء تسعى السفلى فى الباقى كله لانه يسرى ما فيها الى ولدها كما يجرى من الجدة الى الوسطى رهن أمتين قيمة كل واحدة ألف فدبرهما المولى ثم ماتت احداهما سعت الباقية فى نصف الدين و يضمن المولى نصفه لانها ماتت بعد ما خرجت من الرهن بالتدبير ولا يتحول شئ من دين الميتة الى الباقية لان الباقية لم تكن متولدة من الميتة والميتة فى السعاية كانت محتملة عن المولى فاذا ماتت قبل استيفاء السعاية فقد تعذر استيفاء حقه من جهة المحتمل وهو الكفيل فيطالب من الاصيل فان ولدت هذه الباقية ثم ماتت يسعى الولد فيما على أمه وسواء كانت قيمة الام أقل أو أكثر لانها ولدت بمثل حالها مدبرة فيسرى ما فيها الى ولدها ولو كانت قبل التدبير ثم دبرهما جميعا سعت فى مائتين وخمسين ان كانت قيمتها مثل قيمة الام لان الولد قبل التدبير صار رهنا فانقسم ما فى الام من الدين

عليهما نصفين على سبيل التوفيق ان ورد على الولد قبض الرهن بقى كذلك منقسما وان لم يرد عليه قبض بطل الانقسام وظهر ان الدين كله كان بازاء الام وهنا ورد على الراهن قبض على الولد لما ذكرنا لان التدبير من المشترى قبل القبض يصير به قابضا رهن أمة بالف وقيمتها ألف فولدت ولدا يساوى ألفا فماتت الام ثم دبر البنت عليها السعاية فى خمسمائة لانه ورد على الميت قبض الراهن فانه بالتدبير صار قابضا للولد فظهر ان الدين كان منقسما عليهما نصفين فان ولدت البنت بنتا وماتت البنت الاولى سعت السفلى فى خمسمائة وان كانت قيمتها مائة لان السفلى ولد المستسعاة فسرى ما فى أمها اليها ولدت الامة المرهونة بنتا ثم ولدت البنت بنتا وقيمة كل واحدة ألف ثم دبرهن جميعا ثم ماتت الام والبنت الاولى فعلى السفلى السعاية فى نصف الدين وعن عيسى بن أبان قال ينبغى أن تسعى فى ثلثى الدين لانه قد كان قابضا للوسطى بالتدبير لان التدبير قبض وصار بازاء كل واحدة منهن ثلث الدين كما لو رهنهن جميعا ثم دبرهن وهو معسر وقد ماتت بنتان قبل السعاية تسعى الباقية فى ثلثى الدين فكذا هذا والجواب عنه ان التدبير ليس بقبض حقيقة ولكن اعتبر قبضا حكما بحكم الاتلاف كالاعتاق وانما يعتبر قبضا حكما متى لم يكن فى اعتباره قبضا ضرر على المرتهن وهنا فى اعتباره قبضا ضرر بالمرتهن لانه يؤدى الى ابطال حقه بالسعاية لانه متى لم يعتبر قبضا كان للمرتهن أن يستسعى السفلى فى نصف الدين ومتى اعتبر قبضا يستسعيها فى جزء واحد من احد عشر جزأ من الدين فلا يعتبر قابضا دفعا للضرر عنه فصار كان الوسطى ماتت قبل التدبير فيصير بازاء السفلى نصف الدين بخلاف المسئلة المتقدمة لانا لو اعتبرنا التدبير قبضا ينتفع به المرتهن ولا يتضرر به لان السفلى تسعى فى جميع ما وجب على الوسطى ومتى لم يعتبر قبضا تسعى فى جزء من أحد عشر جزأ من الدين وكذلك لو دبر السفلى بعد ما ماتت الام والجدة لانه لا يحتسب بالوسطى اذا ماتت قبل التدبير فكأنها لم تكن ولدت الجدة الا ولدا واحدا ثم دبر الولد ولدت أمة الرهن ولدا يساوى ألفا ثم دبرها فعلى كل واحد منهما سعاية فى خمسمائة لما عرف وان ماتت البنت سعت الام فى الالف كلها عن عيسى وقال بالتدبير يقرر الضمان فيه ولا يعود الى الام والجواب ان التدبير متى اعتبر قبضا لا يتضرر به المرتهن بل ينتفع به لانه متى اعتبر قبضا تهلك الام بخمسمائة ويسعى فى خمسمائة ومتى لم يعتبر قبضا تهلك الام بجميع الدين فيعتبر قبضا فيكون مقبوضا بالتدبير فصار كانه رهنهما ثم دبرهما رهن أمة تساوى ألفا بالف الى أجل فولدت ولدا يساوى ألفا فدبر المولى الولد وهو موسر ضمن قيمته ويكون رهنا مع الام فان كان معسرا يسعى الولد فى خمسمائة لان المولى جان فى التدبير أتلف حق المرتهن وحق المرتهن فى الحبس كان ثابتا فى الكل فضمن قيمته وأما المدبر غير جان فيسعى بقدر حق المرتهن فى الولد وهو خمسمائة لا بقدر قيمته لتظهر مزية غير الجانى على الجانى فان مات قبل السعاية كانت الام رهنا بالالف وان هلكت الام تهلك بنصف الدين وعند عيسى تسعى فى خمسمائة والصحيح جواب الكتاب لان الولد صار محبوسا فى الرهن لانه بالتدبير صار مقبوضا لانه لا ضرر فى صيرورته مقبوضا محبوسا بالرهن على المرتهن بل فيه منفعة فانه لا يسقط بهلاك أحدهما الا نصف الدين فصار كانه رهنهما ثم أخذهما وهو معسر ثم ماتت احداهما صارت الباقية رهنا بالالف ولو ماتت الباقية تموت بخمسمائة فكذا هذا وفى الفتاوى الغياثية ولو استولدها أو دبرها لا يحبس بالدين ويضمن ان كان موسرا أو يبعث فى الدين ان كان معسرا ولا يستسعى الولد ان كانت الدعوى قبل الانفصال فان قال هو قضاء من دينك جاز وان كانت قبل الحلول سعى فى قيمته ولو رهنا عبدا فاعتقه أحد الراهنين وهو موسر ضمن نصف قيمته لشريكه ونصفه للمرتهن ويؤدى الشريك ذلك الى المرتهن وان كان معسرا سعى العبد فى الدين ورجع بنصفه على المعتق وكذا المعسر الراهن اذا أعتقه ضمن قيمته ورجع على الراهن أو على المعتق ثم رجع هو على الراهن ولو انتقص سعره فاعتقه الراهن ضمن قيمته يوم أعتق ولو كان زادت قيمته ضمن قيمته يوم الرهن وان كان معسرا فالسعاية كذلك وكذا لو ولدت الامة فاعتقها الراهن سعى فى قيمة الام يوم الرهن وان كان الدين أكثر فى التدبير يسعى فى الدين قال رحمه الله ﴿ويرجع به على سيده﴾ يعنى اذا سعى العبد وأدى يرجع العبد بالسعاية على سيده اذا أيسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه ولم يكن متبرعا فصار كمعير الرهن بخلاف العبد المستسعى اذا كان بين الشريكين وأعتق أحدهما نصيبه والمعتق معسر وسعى فى نصيب الآخر وأدى بحيث لا يرجع لانه يؤدى ضمانا واجبا عليه لانه يسعى فى تكميل العتق عندهما ولتحصيل العتق عند الامام وهنا يسعى فى ضمان على عسرة بعد تمام اعتاقه فافترقا فالامام أوجب السعاية فى العبد المشترك فى حالتى اليسار والاعسار وفى العبد المرهون فى حالة الاعسار فقط لان الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك أدنى من حقيقته فوجبت السعاية فيه فى حالة واحدة وهى حالة الضرورة وفى الاعلى فى الحالتين اظهارا للتفاوت

بينهما بخلاف المبيع اذا أعتقه المشترى قبل القبض حيث لا يسعى للبائع فى الرواية الظاهرة وفى المرهون يسعى لان حق البائع فى الحبس ضعيف لان العبد لا يملكه فى الاجرة ولا يستوفى من عينه وهذا يبطل حقه فى الحبس بالاعارة من المشترى والمرتهن و ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة ولو أقر المولى برهن عبده بان قال رهنت عبدى هذا من فلان فكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر ثم ان كان الراهن موسرا ضمن قيمته على التفصيل المتقدم وان كان معسرا سعى كما تقدم ولو أعتق الراهن العبد الذى دبره أو الامة التى استولدها لم يسعيا الا بقدر القيمة سواء أعتقه بعد القضاء عليهما أو قبله لان كسبهما بعد العتق ملكهما وما أديا قبل العتق لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى وما أدياه بعد العتق يرجعان به ولو أقر المولى على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكره سعى فى قيمته مذ عتق لانه لا ولاية له على ماليته فيصح بقدر المالية ولو قتله عبد قيمته مائة ثم دفع به ثم أعتقه سعى فى المائة لقيامه مقام الاول قال رحمه الله ﴿واتلاف الرهن كاعتاقه﴾ يعنى انه اذا أتلفه وهو موسر والدين حال أدى القيمة فى الحال وان كان موجلا أدى القيمة وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين قال رحمه الله ﴿وان أتلفه أجنبى فالمرتهن يضمنه قيمته وتكون رهنا عنده﴾ يعنى أن المرتهن هو الخصم فى تضمينه قيمته فتكون رهنا عنده لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب فى هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمان المرتهن وقد تقدم بيانه حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة و يوم الارتهان ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر فى ضمان المرتهن الرهن يوم قبضه ولو استهلك المرتهن الرهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه أتلف مال الغير وكانت رهنا فى يده حتى يحل الاجل ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن دينه منه و يرد الفضل على الراهن اذا كان هناك فضل وان كان دينه أكثر وقد كانت قيمته يوم الرهن قدر الدين وقد رجعت قيمته الى خمسمائة وقد كانت يوم القبض ألفا ضمن بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة كذا فى الهداية قال الشارح وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة ومثل هذا الاستشكال نقله صاحب العناية وأجاب بان العين قد تغيرت بالاستهلاك فصارت لا تحتمل العود الى القيمة الاولى بتراجع السعر ولو كانت باقية ترجع على ما كانت باقية عليه بخلاف ما اذا لم تتغير العين وهى باقية على حالها وقد تراجع السعر لان العين التى قبضها بحالها فلا يرجع شئ من الدين بتراجع السعر كذا فى العناية فافادان ما فى الخلاصة من قوله وأما حكم النقصان ينظر ان كان من حيث العين يوجب سقوط الدين بقدر النقصان وان كان من حيث السعر لا يوجب سقوط شئ من الدين عند أصحابنا الثلاثة محمول على ما اذا كانت العين باقية وهذا من خصائص هذا الكتاب قال رحمه الله ﴿وخرج من ضمانه باعارته من راهنه﴾ يعنى اذا أعار المرتهن الرهن من الراهن يخرج من ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فيرتفع الضمان قال رحمه الله ﴿ولو هلك فى يد الراهن هلك مجانا﴾ لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بيناه وفى الفتاوى الغياثية لو قضى الراهن دين المرتهن ثم هلك الرهن فى العارية فى يد المرتهن رد ما قبض قال رحمه الله ﴿و برجوعه عاد ضمانه﴾ يعنى برجوع الرهن الى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان وللمرتهن أن يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا فى حق الضمان فى تلك الحالة ولو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتهن أحق به من سائر غرمائه لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه ألا ترى ان ولد الرهن رهن وليس بمضمون قال رحمه الله ﴿ولو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط الضمان﴾ لما بينا قال رحمه الله ﴿ولكل أن يرده رهنا﴾ يعنى لكل واحد من الراهن والمرتهن حق فى الرهن فله أن يرده رهنا مكانه لبقاء عقد الرهن على ما بينا بخلاف ما اذا أجره أحدهما أو باعه أو وهبه من المرتهن أو من الاجنبى قبل أن يرهنه ثانيا حيث لا يعود رهنا الا بعقد جديد ولو مات الراهن كان المرتهن اسوة الغرماء لان هذه التصرفات تبطل الرهن بخلاف العارية والايداع لانهما غير لازمين ولو أذن الراهن المرتهن بالاستعمال أو الاعارة للعمل فهلك الرهن قبل ان يأخذ فى العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن وكذا ان هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد الامانة ولو هلك فى حالة العمل هلك أمانة ولو اختلفا فى وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك فى حالة العمل وادعى الراهن انه هلك قبل الفراغ من العمل كان القول قول المرتهن لانه ينكر والبينة بينة الراهن لانه مدع قال رحمه الله ﴿ولو استعار ثوبا ليرهنه صح﴾ لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر التبرع

باثبات ملك العين واليد و يجوزان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل لحق البيع ز والا لان البيع يزيل الملك دون اليد فيكون رهنا بما رهنه قليلا كان أو كثيرا حيث أطلق له قال فى المبسوط مسائله على فصول أحدها فى كيفية الاعارة والثانى فى اختلافهما فى الهلاك والنقصان والثالث فى ضمانه بهما

* فصل فاذا أعارثو باليرهنه فلا يخلواما أن لم يسم له شيأ أوسمى له مالا أو عين له متاعا أوشخصا فان أعارثو باليرهنه وعين له مكانا أوشخصا ولم يسم ما يرهنه به فله أن يرهن باى قدر و بأى نوع شاء لانه طلب منه قضاء دينه من هذا المال مطلقا لان الرهن ايفاء واستيفاء حكما ولو طلب منه قضاء دينه من ماله جاز فكذا هذا والاستعارة وجدت مطلقة فقد رضى المعير بان يرهن بما شاء كما لواستعار من رجل دابة ولم يسم ما يعمل بها فله أن يركب و يركب غيره و يحمل عليها فكذا هذا واذا سمى مالا مقدرا فرهن باقل أو أكثر فان كانت قيمتهما سواء أو أكثر فرهنه باقل مما سمى ٧ فيتضرر به المعير فان بعضه يكون أمانة عند المرتهن وهو لم يرض بذلك بل طلب أن يجعل كله مضمونا وأما اذا رهنه با كثر فلانه قد يحتاج المعير الى الفكاك ليصير الى ملكه و ربما يتعسر عليه الفكاك متى زادت على المسمى لانه قد لا يجد الزيادة على المسمى فيتضرر به وهو قد رضى بضمان قليل ولم يرض بقضاء دين كثير فصار مخالفا وان كانت قيمة الثوب أقل من المسمى بان أعارثو باليرهنه بعشرة وقيمته تسعة فان رهن بقدر قيمته تسعة لا يضمن وأما اذا رهنه بجنس آخر ضمن فى الفصول كلها لان مقصوده من تسمية الدراهم أن يرجع عليه بالدراهم متى هلك الثوب ومتى رهن بالطعام لا يمكنه الرجوع عليه بالدراهم ولانه ربما يحتاج الى الفكاك ور بما يتيسر له الفكاك بالدراهم و يتعسر عليه الفكاك بالطعام فيلحقه زيادة ضرر وأما اذا أعاره ليرهنه من انسان بعينه فرهنه من غيره ضمن لانه ربما يحتاج الى أن يقضى دينه لاستخلاص ملكه والناس يتفاوتون فى القضاء والاقتضاء فكذلك فى الحفظ والامانة فالرضا بحفظ زيد لا يكون رضا بحفظ عمرو فالخلاف يخلفه زيادة ضرر ولوأعاره ليرهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة ضمن لان البلدان والا مكنة متفاوتة فى الحفظ والصيانة ولانه يخاف خطر الطريق متى نقل ولانه قد يتيسر له الفكاك فى المكان المشروط ويتعسر عليه الفكاك فى غيره واذا اختلفا فى الهلاك أو النقصان قبل الاسترداد من المرتهن أو بعده فالقول للمستعير والبينة للمعير لانه يدعى قضاء دينه من ماله والمستعير ينكر فان ادعى الراهن ان المستعير استرد الرهن قبل الافتكاك وصدقه المرتهن يصدق الراهن لان الراهن والمرتهن تصادقا على فسخ الرهن والرهن عقد جرى بينهما فيكون القول قولهما انهما فسخا ذلك كما فى المتبايعين ولان المعير ادعى انه قضى دينه من ماله وأنكر الراهن فيكون القول قوله و يرجع المعير على الراهن بقدر ما يذهب عنه بالدين لانه قد صار قاضيا دينه من ماله بهذا القدر بامره فاذا هلك عند المستعير قبل الرهن أو بعد الفكاك لا يضمن لان المستعير انما يضمن العارية باحد أمرين امابالخلاف أو بان يقضى دينه منه ولم يوجد أحدهما فاما لا يضمن بالقبض والدفع الى المرتهن لانه حصل باذن المالك فقضى الراهن دينه و بعث وكيلا يقبض العبد فهلك فى يد الوكيل ضمن المستعير الا أن يكون من عياله كالمودع وهذه تدل على أن المستعير ليس له أن يودع من ليس فى عياله وان كان له ان يعير من ليس فى عياله وفى الحالين دفع الامانة الى من ليس فى عياله وذلك لان الدفع الى الاجنبى فى العارية انما حصل باذن المالك لان المعير ملك المنفعة بالاعارة ومن ملك المنفعة بغير بدل لم يملك المنفعة بالوديعة ليحصل له الاذن تبعا لتملك المنفعة رهن المستعار بالف وقيمته ألف ولم يقبض المال فهلك فى يد المرتهن فعلى الراهن ألف للمعير وعلى المرتهن ألف للراهن لان المقبوض على سوم الرهن مضمون على القابض كالمقبوض بحقيقة الرهن فضمن المرتهن مثل المسمى وهو ألف للراهن وما أخذ من المرتهن بدل العبد فيكون لمالك العبد من حيث انه بدل ملكه لا من حيث انه قضى دينه من ماله فانه لم يكن عليه دين للمرتهن استعار من رجلين متاعا للرهن ثم قضى نصف المال وقال هذا عن نصيب فلان يكون عنهما لان كل جزء من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين اذ لوجعلنا كل جزء محبوسا ببعض الدين يمكن الشيوع فى الرهن وانه يوجب بطلان الرهن فلا يمكن ان يجعل البعض محبوسا ببعض الدين فلهذا الوقضى كان ما قضى عن جميع العبد رهن المستعار بألف وقيمته ألف فقضى الدين وهلك فى يد المرتهن فالمرتهن ضامن فى الالف يردها على مولى العبد ولا ضمان للمعير على الراهن وفى رواية أبى حفص ردها على الراهن وردها الراهن على المعير وهو الصحيح لان المعير صار قاضيا دينه بهلاك الراهن من وقت الارتهان لانه صار مستوفيا للدين فى حق ملك اليد والحبس من وقت القبض فظهر انه استوفى منه الالف وليس عليه دين ولم يكن له حق الاستيفاء فوجب

على

على المرتهن ردها على الراهن لانه استوفاها منه ثم يردها على مولى العبد لانه قضى دينه من ماله بامره قبض دابة عارية ليرهنها فركبها ثم رهنها ثم قضى المال ولم يقبض الرهن حتى هلكت عند المرتهن لاضمان على الراهن لان المستعير للرهن مودع خالف بالركوب وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وفى الجامع أصله ان القاضى نصب لايفاء الحقوق المحترمة الى أربابها لالابطالها واهدارها مات المعير والمستعير لم يكن للورثة الاسترداد لان فيه ازالة يده وابطال حقه ولو كان على المعير دين ولا مال له سواه وفيه فضل عن دين المستعير لم يبع حتى يجتمع الغرماء والورثة لان اباءهم يكون مفيدا الانه متى لم يبع الرهن ربما يقضى المستعير دين نفسه أو يبرئه المرتهن عن دينه فيسلم الرهن لهم فيبيعون ويقضون حق غريم المعير ويبقى الفضل لهم ولو بيع بغير رضاهم ربما لايصل اليهم شئ أو يصل اليهم أقل مما يصل اليهم اذا باعوا بعد قضاء المستعير دينه فكان اباءهم مفيدا فيكون معتبرا وان لم يكن فيه وفاء بالدين لم يبع الا أن يشاء المرتهن قال رحمه الله ﴿ولو عين قدرا أو جنسا أو بلدا فخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن﴾ أى لو عين المعير قدر ما يرهنه به أو جنسه أو البلد الذى يرهنه فيه فخالف كان المعير بالخيار ان شاء ضمن المستعير قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد فى حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب وانما كان كذلك لان التقييد مفيد وهو نفى الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر أداؤه وبقى النقصان أيضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا فيضمن الا اذا عين له أكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر لا يضمن لانه خلاف الى خير لان غرضه من الرجوع عليه باكثر حاصل بذلك مع تيسير أدائه لانه لم يرجع الا بقدر القيمة لان الاستيفاء لم يقع الا به فتعيينه أكثر من قيمته غير مفيد فى حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر أدائه وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسير بعض الاجناس فى التحصيل دون البعض وتفاوت الاشخاص والبلدان فى الحفظ والاعانة فيضمن بالمخالفة فلو قال ضمن حيث كان التقييد مفيدا لكان أولى لان الاطلاق غير مستقيم فاذا ضمن المستعير ثم عقد الرهن بينه وبين المرتهن صح لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بيناه فى الاستحقاق وقد تقدم له مزيد بيان فراجعه قال رحمه الله ﴿وان وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا ووجب مثله للمعير على المستعير﴾ لان قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فيسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقى أمانة وهذا ظاهر وكذا لو نقصت قيمة الرهن بعيب أصابه يذهب من الدين بحسابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا وقول المؤلف ووجب مثله ليس بظاهر لان الثوب من القيمى لا من المثلى وقول ملا مسكين أى وجب مثل الدين للمعير على المستعير كلام فاسد لان الواجب للمعير على المستعير هنا قيمة الثوب ولو قال وجب بدله لكان أولى والله أعلم قال رحمه الله ﴿ولو افتكه المعير لا يمتنع المرتهن ان قضى دينه﴾ لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لان فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من الدين وقوله لا يمتنع محله اذا رهنه وحده فلو رهن ما استعاره من شئ آخر لم يأخذه المعير الا ان يقضى جميع الدين فاذا قضى يأخذ ملكه لا غير قيدنا بكون المعير قضى الدين لان الاجنبى اذا قضى الدين فللمرتهن أن يمنعه لانه متبرع وليس بساع فى خلاص ملكه وفى النهاية اذا افتكه باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزيادة على قيمته وهو مشكل لان المعير مضطر الى دفع الزيادة لخلاص حقه فكيف يمنع من الرجوع مع وجود التضرر وأجاب فى النهاية قال قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع بقدر ما يتعلق به الايفاء فعلى الشارح ان يعزى له الجواب والسؤال وتقدم بيان ما لو اختلفا فى وقت الهلاك أو اختلفا فى مقدار ما أمره به فراجعه ولو كانت العارية عبدا فعتقه المعير نفذ اعتاقه لانه يملك رقبة والمرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه يستوفى حقه وان شاء ضمن المعير القيمة لان حقه قد تعلق برقبة العبد وقد أتلفه بالاعتاق ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستعمله قبل ان يرهنه ثم رهنه جاز لانه لما رهنه أزال التعدى وقد برئت ذمته عن ضمان الغصب لانه أمين خالف ثم عاد الى الوفاق فصار حكمه حكم الرهن وقد هلك عند الراهن بعد الاسترداد ولا يضمن لما ذكرنا أنه أمين وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم العارية لانها حكم العارية بانفكاكه فصارت يده يد المالك لكونه عاملا للمالك لتحصيل مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لان يده يد نفسه واذا تعدى لا يبرأ من الضمان حتى يوصله الى يد المالك على هذا عامة المشايخ واختاره صاحب الهداية واختاره شمس الأئمة الكرخي واختار

شمس الأئمة انه يبرأ وقال شيخ الاسلام انه يبرأ المستعير اذا زال التعدي كالوديعة واستدل عليه هو بمسئلة المستعير مفلسا وأراد المعير البيع وأبى الراهن من بيعه يبيع بغير رضاه لان له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفاء أو تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه وقوله ولو افتكه المعير لا يمتنع الى آخره صادق بما اذا كانت قيمته قدر الدين أو أكثر أو أقل وقال صاحب الهداية ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع اعلم ان قوله جبرا عن الراهن في اثناء هذه المسئلة من تعلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكر شمس الأئمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبرا عن الراهن تصحيف عن قول محمد حين أعسر الراهن وقع من الكاتب والقارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه ويوافق تقرير صاحب الكافي هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن ان يمتنع اذا قضى دينه قال صاحب الكفاية معنى قوله فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن أراد ان يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن وقال صاحب العناية قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرا لما فات عن الرهن من القضاء بنفسه اه أقول فيه كلام اما أولا فلان ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما اذا أراد ان يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن بازاء ذلك القضاء بنفسه لعدم مجيء أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبرا لما فات عنه من القضاء بنفسه مع ان تلك الصورة أيضا داخلة في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لم يسمع في العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق في تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلة على الرهن لا لكون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر الى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق الا أن يصار الى تقدير لما فات جملة وجعله كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية وظهر مما قدمناه ان قول صاحب الهداية مثل الدين قيد اتفاقي لا احترازي قال رحمه الله ﴿وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة﴾ لان حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه لان الراهن مالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله بالمال فيجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى به عبد يقوم مقام الاول ولهذا يمنع المريض من التبرع باكثر من الثلث ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه ان كان من جنس دينه وكان الدين حالا وان كان مؤجلا يحبسه بالدين فاذا حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه بدينه حتى يستوفي دينه ولم يتعرض المؤلف لما اذا جنى الرهن على الحر الاجنبي قال في المبسوط العبد الرهن قتل رجلا خطأ فهذا لا يخلو اما ان كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر فان كانت قيمته مثل الدين فالراهن والمرتهن يخاطبان بالدفع أو الفداء لان لاحدهما حقيقة ملك وللآخر حق يضاهي حقيقة الملك فانتصبا خصما فاشترط اجتماعهما في خطاب الدفع أو الفداء فان دفعاه بطل الدين لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب كان في يد المرتهن وفي ضمانه فصار كما لو مات حتف أنفه فيتقرر الاستيفاء فان اختار أحدهما الدفع وأبى الآخر لا يدفع لانه ان اختار الراهن الدفع فقد رام ازالة ملك الراهن بغير رضاه فيمنع من ذلك وان اختار الفداء فالفداء كله على المرتهن لان الفداء لدفع الهلاك عن العبد واحيائه حقه لتطهيره عن الجناية كاتخاذ الدواء لدفع الهلاك وثمن الدواء عليه لان الهلاك عليه فكذلك الفداء وصار كالعبد المغصوب اذا جنى فالجناية على الغاصب لان الهلاك عليه فكذا هذا ولا يرجع بالفداء على الراهن لانه قضى حقا واجبا عليه وان فداه الراهن كان قضاء بالدين ان بلغ الفداء كل الدين ولا يبقى رهنا وان بلغ بعضه فبقدره لانه غير متبرع في الفداء لان فيه استصلاح ملكه واستخلاص حقه فان العبد مشغول بالجناية والعبد يطهر عن الجناية ويحيي ملكه والمالك لا يوصف بالتبرع في اصلاح ملكه واحيائه فقد قضى واجبا على المرتهن وهو مضطر فيه فكان له الرجوع عليه كمن اعاره عند رهنه بدينه ثم قضى المعير دين المستعير يرجع بما قضى على المستعير لانه يحتاج الى تخليص ملكه فيطهره عن شغل الرهن فكذا هذا فان هلك في يد المرتهن بعد ما فداه الراهن يرد على الراهن الفداء لان الرهن برئ عن الدين بالايفاء لانه صار موفيا دينه بالفداء قال بعض مشايخنا انه يرد الالف المستوفاة بهلاك الرهن وما وجد بعد الالف لم يستند الى وقت الرهن لان

للفداء

للفداء حكم الجناية والجناية فعل حقيقي لا يحتمل النقض والاسناد لا يظهر في حق التصرفات التي لا تحتمل النقض فاحتمل فاقتصر الاستيفاء بالهلاك على الحال وان كان الاستيفاء بالهلاك آخرهما فيرد ما استوفاه آخرا وصار كالو رهن بالمهر أو ببدل الخلع ثم استوفى المرتهن دينه ثم هلك الرهن في يده يرد ما قبض لان قضاء المهر يحتمل النقض وان كان سبب وجوب الدين لا يحتمل النقض وهو النكاح والخلع فكذا هذا كله اذا اختار الفداء أو الدفع فان اختار أحدهما الفداء والآخر الدفع فالفداء أولى لان الذي اختار الدفع متعنت فيه اما الراهن فلان في الدفع ابطال حق المرتهن في الحبس ولا يزول ملكه عن العبد ويزول ملكه عن الفداء الى خلف فانه يرجع به على المرتهن فكان الفداء له أنفع من الدفع والمرتهن بالدفع قصد الحاق الضرر بالراهن من غير نفع يحصل له لان دينه يسقط في الحالين وفي الدفع ازالة ملك الراهن وفي الفداء ابقاؤه على ملكه فكان متعنتا ولا عبرة لاختيار المتعنت هذا كله اذا كانت قيمة الرهن مثل الدين أو أقل فان كانت أكثر بان كانت قيمة العبد ألفين والدين ألف فان اختار الفداء فالفداء عليهما نصفين لان نصفه مضمون على المرتهن ونصفه أمانة عنده فيقدر الضمان على المرتهن وتقدر الامانة على الراهن اعتبارا للبعض بالكل فان فداه الراهن فهو متبرع ان كان الراهن حاضرا وان كان غائبا يرجع على الراهن بنصفه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يرجع في الحالين لانه قضى دينا عن غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه لان الراهن يجبر على فداء النصف متى أجاز المرتهن الفداء ولا يصلح ملكه ولا يحيي حقه لانه لا ملك له في العبد ولا حق له في نصف الامانة ولا كذلك الراهن وله ان للمرتهن في نصف الامانة حق الحبس والامساك ان لم يكن مضمونا عليه وهو محتاج الى احياء حقه واصلاحه وفي الفداء احياء حقه من وجه فانه يصل الى حقه بامساكه فيكون محتاجا الى الفداء فلا يوصف بالتبرع فيحتاج الى الفداء ولو فداه الراهن والمرتهن غائب لم يكن متطوعا اتفاقا وخرج عن الرهن لانه يصلح ملك نفسه ويحيي حقه والمالك في اصلاح ملكه لا يكون متبرعا الا ان يشاء المرتهن ان يؤدي نصف الفداء ولو دفعه الراهن فللمرتهن ان حضر ان يبطل دفعه ويفديه لانه لا ينفرد أحدهما بالدفع لما بينا واذا رهن عبدا قيمته ألف بألف ففقأ عيني عبد قيمته ألف فدفع به وأخذ الاعمى فهو رهن بالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يدفع العبد بجنايته والعبد المدفوع يقوم صحيحا وأعمى فيبطل من الرهن بقدره ان كان ثلثان فيبطل ثلثا الدين ويصير الاعمى رهنا بما بقي من الدين وان شاء الراهن سلمه للمرتهن بما بقي من الدين وان شاء أخذه بما بقي وهذا بناء على ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الجثة العمياء تقوم مقام الصحيحة لحما ودما وكذلك تقوم مقام القيمة لزوما وحتما حتى لا يكون لصاحب الجثة العمياء ان يمسك الجثة ويضمن النقصان فيصير كأن التامة في يد المرتهن الا انه انتقصت قيمته بتراجع السعر فيبقى بجميع الدين وعند محمد رحمه الله تعالى قيمة الجثة العمياء لا تقوم مقام الجثة والعينين جميعا ولا تكون بدلا عنهما حتى ان له ان يمسك الجثة ويرجع بقيمة النقصان فكذلك العبد الجاني يكون بعضه بازاء الجثة وبعضه بازاء العينين فما كان بازاء العينين فات لا الى بدل وما كان بازاء الجثة فات الى بدله فسقط ما كان بازاء العينين ويبقى ما كان بازاء الجثة وعند أبي يوسف كذلك القيمة بازاء الجثة والعينين متى اختار المفقوء عينه امساك الجثة وتضمين النقصان فاما اذا اختار دفع الجثة وأخذ الجاني فالجاني كله يكون بدلا عن العينين لا عن الجثة لان الجاني انما وجب دفعه بسبب الجناية فيقوم مقام الفائت بالجناية والفائت بالجثة العينان لا الجثة وكان كالو فقأ عينا واحدة وأخذ نصف قيمة المفقوء كان المأخوذ بدلا عن الفائت فكذا اذا فقأ العينين الا ان بدل العينين بدل جميع الرقبة كما في الحر والاصل ان نوفر على المالك بدل ملكه فانه يزال المبدل عن ملكه حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وقد تعذر ازالة العين عن ملك المفقوء لفواتها عن ملكه فجعلنا الجثة قائمة مقام العينين والمدفوع كان بازاء العينين فصار الرهن فائتا الى خلف وان كان أقل قيمة فيبقى بجميع الدين عبد الرهن أتلف متاعا لرجل يباع فيه فان بقي من ثمنه شئ فهو رهن لانه بدل بعض الرهن فيقوم مقام المبدل كارش طرفه فان بقي شئ فهو للمرتهن لانه بالبيع صار كالهالك في حقه فصار مستوفيا ومتملكا له فيكون الثمن بدل ملكه فيكون له ولم يتعرض المؤلف لمسائل جناية الرهن بالحفر وفي المبسوط رهن عبدا بالف فحفر العبد عند المرتهن بئرا في الطريق ثم افتك الرهن وأخذ العبد فهو على أربعة أوجه اما ان وقع فيها دابة ثم دابة أو وقع فيها انسان ثم انسان أو وقع فيها انسان ثم دابة فان وقع فيها دابة وتلفت وهي تساوي ألفا فالعبد يباع في الدين الا ان يفديه المولى لان العبد أتلف الدابة بالحفر والعبد اذا أتلف مال انسان يقال لمولاه اما ان تبيع العبد أو تقضي دينه فان باع العبد بالف وأخذها صاحب الدابة يرجع الراهن على المرتهن بالدين الذي قضاه فان العبد تلف في ضمان المرتهن لانه زال عن ملك المولى بسبب

تحقق فى ملك المرتهن فيعتبر كالو زال عن ملكه بالموت فى يد المرتهن وقد استوفى دينه قبل ذلك فيرجع الراهن عليه بما قبضه بحقيقة الاستيفاء وصار كالعبد المغصوب اذا حفر فى يد الغاصب بئرا فى الطريق ثم رده على مولاه ثم تلف فى البئر دابة فالحكم كما وصفنا فكذا هذا وان وقع فى البئر دابة أخرى قيمتها ألف شارك صاحب الدابة الاولى و يأخذ نصف ما أخذه لانه يصير متلفا الدابتين بالحفر من وقت تسببا لانه لافعل له سوى الحفر فكان سبب تلف الدابتين الحفر فصار متلفا الدابتين معا فصارت قيمتهما دينا على العبد ولا يرجع المولى على الراهن بشئ لان حقه فى ثمن العبد وا كتسابه وما أخذه الراهن من المرتهن ليس ثمن العبد ولا كسبه وأما اذا تلف فيها انسان فدفع العبد به رجع الراهن على المرتهن بما قضاه من الدين لان العبد تلف بسبب كان فى يده فيصير مستوفيا الدين من وقت الرهن وقد استوفى مرة أخرى قبل ذلك فيلزمه رد أحد الدينين فان تلف فيها انسان آخر بعد ما دفع العبد فولى الثانى يشارك الاول فى العبد لما بينا فاذا وقع فيها دابة فبيع العبد وصرف ثمنه الى صاحبها ثم وقع انسان فمات فدمه هدر وكان يجب ان ينقض البيع ثم يدفع الى ولى الجناية ثم يباع بدين العبد والجواب عنه ان نقض البيع لا يفيد لا نا لو نقضناه احتجنا الى اعادة مثله ثانيا فيكون اشتغالا من القاضى بما لا يفيد والقاضى لا يشتغل بما لا يفيد وأما اذا وقع فيها آدمى ومات فدفع العبد بالجناية ثم وقع فيها دابة فيقال لولى القتيل اما ان تبيع العبد أو تقضى الدين لان الجنايتين استندتا الى وقت الحفر فكانهما وقعا معا فيدفع العبد الى ولى الجناية و يخير بين البيع والفداء فكذا هذا و يمكن ان يقال ينبغى ان يعلم أولا ان العبد اذا جنى اما ان تكون جنايته على آدمى أو غيره من مال حيوان أو غيره و يختلف الحكم قال محمد فى الاصل اذا جنى العبد على آدمى جناية موجبة للمال فولاه بالخيار ان شاء دفعه بها وان شاء فداه بدفع أرشها وفرق بين جنايته على آدمى وجنايته على المال ففى الجناية على الآدمى يخير المولى بين الدفع والفداء و فى جنايته على مال الغير يخير المولى بين البيع ودفع الثمن و بين فدائه ففى حفر البئر فى الطريق مثلا اذا وقع فيها دابة مثلا فتلفت فباع المولى العبد ودفع ثمنه فى الجناية لرب الدابة ثم تلفت فيها دابة أخرى يتبع رب الدابة الثانية رب الدابة الاولى لان المولى لما باعه ودفع ثمنه فقد فعل ما هو الواجب عليه وخرج من العهدة فلما وقع الآدمى ثانيا فقد هدر دمه لتعذر الطلب على المالك بعد خروجه من العهدة و ثمنه قام مقام خلاص العبد للمشترى وفى المسئلة الثانية لما دفعه بعينه لولى الجناية الاولى ثم وقع فى البئر انسان آخر والعبد بعينه باق فى ملك صاحب الجناية الاولى وقد تجدد عليه جناية بوقوع الثانى فيه وتلف بسبب حفره السابق وقد دفع بعينه للاول فيخاطب مالكه فى الجناية الاولى بما هو الاصل من الدفع أو الفداء و يتجه قوله لان الجنايتين استندتا الى وقت الحفر الى آخره هذا وقد يجاب بانا لا نسلم انه لا يهدر دمه لما ذكر نا فى المبسوط فى جناية العبد فى الحفر لو حفر عبد بئرا فى الطريق فاعتق فوقع فيه رجل فمات فعلى المولى قيمته لجنايته فى ملكه ثم قال فان وقع فيها آخر اشتركا فى القيمة لانه بالاعتاق أتلف رقبة واحدة فعليه قيمة واحدة فهى بينهما فان وقع فيها العبد نفسه فوارثه يشارك الاول فى ملك القيمة لان العبد بعد العتق طهر فى تلك الجناية وصار كغيره من الاجانب وعن محمد ان دمه هدر والاصل ان العبد لو حفر بئرا فى الطريق ثم أعتق ثم وقع فيها فمات فدمه هدر لانه كجان على نفسه وظاهر الرواية ان على المولى قيمته لورثته لما ذكرنا انه لما اعتق طهر من الجناية عبدان حفرا بئرا فى الطريق فوقع فيها عبد الرهن فدفعا به ثم وقع أحدهما فيها فمات بطل نصف الدين وهدر دمه لانهما قاما مقام العبد الاول وأخذا حكم الاول ولو وقع العبد الاول فى البئر وذهب نصفه بان ذهبت عينه أو شلت يده سقط نصف الدين فكذا هذا قال رحمه الله ﴿وجناية الرهن عليهما وعلى مالهما هدر﴾ ولا يخفى ان هذا الاطلاق غير ظاهر ولو قال المؤلف وجنايته على الراهن الموجبة للمال وعلى ماله هدر وعلى المرتهن فيما دون النفس أو فى ماله هدر كان أولى لان الجناية على الراهن الموجبة للقصاص معتبرة فى النفس والاطراف فيما توجبه وعلى المرتهن فى النفس الموجبة للقصاص معتبرة ومحل كونها هدرا فى حق المرتهن حيث لا فضل فى قيمته عند الامام قال الشارح أطلق الجواب والمراد جناية لا توجب القصاص وان كانت توجبه معتبرة حتى يجب عليه القصاص أما المرتهن فظاهر لانه أجنبى عنه وكذا المولى لانه كالاجنبى عنه فى حق الدم اذلم يدخل فى ملكه الا من حيث المالية ألا ترى ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بها جائز والاقرار بالمال على عكسه فاذا لم يكن فى ملكه من ذلك الوجه صار أجنبيا عنه بخلاف ما يوجب المال لان ماليته ملك المولى و يستحق المرتهن فلا فائدة فى اعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند أبى حنيفة لان الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن على الغاصب فكانت كجنايته على غير ملكه فاعتبرت وهذا الحكم فيهما فيما

اذا

اذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بان كانت على غير الآدمى فى النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند أبى حنيفة وقالا ان كانت جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن فعتبرة لان فى اعتبارها فائدة تملك رقبة العبد والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية المرتهن عليه جناية على غير المالك غير انها سقطت لعدم الفائدة فى جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا وهذه أفادت ملك رقبة العبد وان كان دينه يسقط بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد وربما يكون بقاء الدين أنفع له فيختار أيهما شاء ثم اذا اختار أخذه ووافقه الراهن على ذلك بطل الرهن بسقوط الدين بهلاكه لان دفعه بالجناية يوجب هلاكه على الراهن فيسقط به الدين وهذا وجنى على الاجنبى فدفع بها سقط الدين وان لم يدفع بالجناية فهو رهن على حاله ولابى حنيفة ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت فى ضمانه فلا تفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فى العبد المغصوب فان جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده وعندهما تعتبر وما ذكرا من الفائدة غير ظاهر لان أخذ العبد بالجناية لا يكون الا باختيار المالك وفى رواية عن أبى حنيفة اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين فان كانت جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها لان الزائد أمانة فصار كجناية العبد المودع قيد بقوله عليهما لان جنايته على أولادهما معتبرة فلو جنى الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فهى معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدى وان كانت على المال فيباع كما اذا جنى على الاجنبى اذ هو أجنبى كسائر الاملاك هذا ولم يتعرض المؤلف لبقية الجناية التى تكون هدرا والجناية بعض الرهن على بعض قال فى المبسوط أصله ان جناية المشغول على المشغول هدر لكن يسقط الدين فى المجنى بقدره وجناية المشغول على الفارغ والفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول معتبرة وينتقل ما فى المشغول من الدين الى الفارغ فيصير رهنا مكانه لان الجناية انما تعتبر لحق المرتهن فى المجنى عليه لا لحق الراهن لان كلاهما ملكه واعتبار الجناية لحق المرتهن لا يفيد الا فى جناية الفارغ على المشغول لانها انما تعتبر ليشتغل الجانى بما كان من المجنى عليه وهو الحبس وهذا ثابت قبل الجناية فان الجانى كان محبوسا بالدين الذى كان المجنى عليه محبوسا به ولهذا جناية الفارغ على الفارغ هدر لانه لا شغل فيها بحق الحبس واذا لم يفد اعتبارها صار كانه فات بآفة سماوية فان جناية الفارغ على المشغول تفيد لان الدين تحول اليه من المجنى عليه فقام مقامه ثم المسائل على فصول أحدها فى الجناية على الرهن والثانى فى جناية ولد الرهن والثالث فى جناية الرهن المستعار واذا ارتهن دابتين فاتلفت احداهما الاخرى ذهب من الدين بحسابها بخلاف ما لو كان الرهن عبدين فقتل أحدهما الآخر يتحول بين المقتول الى القاتل لان جناية العجماء جبار لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار فكان قتل احداهما الاخرى بمنزلة موتها حتف أنفها وأما جناية الرقيق على الرقيق فعتبرة حتى يجب القصاص أو يجب الدفع أو الفداء فقام القاتل مقام المقتول فيتحول دين المقتول الى القاتل ثم باى قدر يتحول اليه سيأتى ارتهن عبدين فلا يخلو اما ان ارتهنهما فى صفقة واحدة أو فى صفقتين فان ارتهنهما فى صفقة بالف وقيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما صاحبه فالباقى رهن بتسعمائة وخمسين لان كل واحد منهما نصفه مشغول ونصفه فارغ فالنصف الفارغ من العبد المقتول تلف بجناية الفارغ على المشغول وبجناية الفارغ على الفارغ وذلك كله هدر والنصف من النصف المشغول تلف بجناية المشغول على المشغول وذلك هدر فصار كانه رهن بسبعمائة وخمسين ولو لم يقتله ولكن فقأ عينه فلا يخلو اما أن يكون فقأ عين الآخر لا غير أو فقأ كل واحد عين الآخر متعاقبا أو معا فان فقأ أحدهما عين الآخر لا غير كان الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين والآخر بمائتين وخمسين ولا يفتكهما الا جميعا أما المفقوءة عينه لانه كان رهنا بخمسمائة والفاقئ بالفقء أتلف منه نصفه لان العين من الآدمى نصفه ونصفه فارغ ونصفه مشغول فيبقى نصف الدين بازاء النصف القائم والجناية على النصف الفارغ من العين هدر لانه تلف بجناية الفارغ على الفارغ أو بجناية المشغول على الفارغ وهذا كله هدر والجناية على نصف المشغول هدر لان نصف نصفه تلف بجناية المشغول لان الفاقئ نصفه مشغول ونصفه فارغ وجناية المشغول على المشغول هدر فيسقط ما بازائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف نصف المشغول معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بازائه من الدين الى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف نصف المشغول معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بازائه من الدين الى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون فبقى دين المفقوءة عينه مائة وخمسة وعشرين فكان رهنا وتحول من دينه الى الفاقئ قدر بعه مائة وخمسة وعشرون

فكان الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين وسقط من دين المفقوءة عينه قدر ربعه وذلك مائة وخمسة وعشرون ولا يفتكهما الا جميعا لان الرهن واحد ولو أن المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ الأول ٧ ثلاثمائة واثنى عشر ونصف والفاقئ الآخر يكون رهنا بأربعمائة وستة وربع لان الفاقئ الآخر أتلف نصف الفاقئ الاول وبقى نصفه فيبقى نصف الدين بازاء نصف الباقى وذلك ثلاثمائة واثناعشر ونصف لان الجناية على النصف الفارغ هدر وعلى نصف نصف المشغول أيضا هدر يسقط ما بازائه من الدين وذلك ربعه وهو مائة وستة وخمسون وعلى نصف نصف المشغول معتبرة لما مضى فتحول ما بازائه من الدين الى الفاقئ الآخر وهو ربعه وذلك مائة وستة وخمسون بقى الفاقئ الاول بأربعمائة وستة وربع ولو فقأ كل واحد منهما عين الآخر بقى الفاقئ الاول رهنا بثلاثمائة واثنى عشر ونصف وصار الفاقئ الثانى رهنا بأربعمائة وستة وربع ولو فقأ كل واحد منهما عين الآخر معا ذهب من الدين ربعه وبقى كل واحد ثلاثة أرباع خمسمائة لان الأصغر لما فقأ عين الاكبر فقد أتلف منه نصفه فيبقى نصف نصف الدين بازاء النصف الباقى والنصف التالف من الاكبر نصفه فارغ ونصفه مشغول والجناية على النصف الفارغ هدر والجناية على نصف النصف المشغول هدر فسقط ما بازائه من الدين وذلك ربعه والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة فيتحول ما بازائه الى الأصغر وذلك ربعه وسقط من دين الأصغر ربعه أيضا لان الجناية على نصف النصف المشغول هدر فسقط ما بازائه من الدين فالحاصل انه بقى من دينه مائتان وخمسون وتحول اليه من دين الاكبر ربعه فصار رهنا بثلاثة أرباع خمسمائة وأما اذا ارتهن عبدين كل واحد بخمسمائة بصفقة على حدة فقتل أحدهما صاحبه فان لم يكن فيهما فضل عن الدين روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه يسقط ما فى المجنى عليه لانه لا فائدة فى الدفع للمرتهن وهدرت الجناية فان كان فيهما فضل يخير الراهن والمرتهن ان شاء جعلا القاتل مكان المقتول وبطل ما فى المقتول من الدين وان شاء أفديا القاتل بقيمة المقتول وغرم كل واحد خمسمائة فكانت القيمة رهنا مكان المقتول والقاتل رهن بحاله لان المقتول كله تلف بجناية الفارغ لان الصفقة متى تفرقت فالحق المتعلق باحدهما لا يتعلق بالآخر فكان كل واحد منهما فارغا عن الآخر ولهذا لو قضى دين أحدهما كان له ان يفتكه وجناية المشغول على الفارغ معتبرة فصار كما لو جنى أحدهما على عبد لاجنبى يخير الراهن والمرتهن بين الدفع والفداء فكذا هذا وان اختار الفداء غرم كل واحد خمسمائة لان نصف القاتل مضمون على المرتهن وعبده أمانة عنده فكان الفداء عليهما اعتبارا للبعض بالكل وان كان فقأ أحدهما عين الآخر فقيل لهما ادفعاه أو افدياه بارش عين الآخر لان اتلاف البعض يعتبر باتلاف الكل وفى اتلاف الكل يخير فكذا فى اتلاف البعض فان دفعه بطل ما فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين رهنا مع المفقوءة عينه ولو قال المرتهن لا أفدى وأدع الرهن على حاله له ذلك والمفقوءة عينه ذهب نصف باقيه لان هذه الجناية انما تعتبر لحق المرتهن لا لحق الراهن لانه لو طلب الجناية ودفع الجانى سقط نصف الدين ولو ترك الجناية يسقط ربع الدين فكان فى طلب الجناية ضرر بالمرتهن فاذا رضى بابطال حقه فله ذلك ويسقط اعتبار الجناية ولو قال الراهن افديه وقال المرتهن لا أفديه للراهن ان يفديه بارش الجناية كلها لانه محتاج الى الفداء ليخلص عبد الرهن عن الجناية فان فداه يكون له نصف ذلك عما على المرتهن فى العبد الجانى ويبطل فى حقه من العبد الجانى نصفه لان الرهن مضطر الى الفداء لانه بالفداء يحيى ملكه والانسان فيما يحيى ملكه لا يكون متبرعا فيكون له حق الرجوع عليه وللمرتهن عليه مثله فيلتقيان قصاصا فيصير مؤديا دين القاتل فيخرج القاتل من الرهن وان أبى الراهن الفداء وقال المرتهن أفدى وفدى يكون متطوعا فيه اذا كان الراهن حاضرا الان بقدر المضمون أدى عن نفسه وبقدر الامانة أدى عن الراهن وهو غير مضطر فيه لانه غير محيى ملكه فيكون متبرعا وان كان الراهن غائبا كان على الراهن نصف الفداء دينا قيل هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يكون متبرعا كان الراهن حاضرا أو غائبا لما يأتى ولو قتل العبد المرهون نفسه أو فقأ عينه فلا شئ عليه كالو مات لان جناية الانسان على نفسه هدر لما تبين واذا كان الرهن أمتين قيمة كل واحدة ألف فولدت كل واحدة بنتا تساوى ألفا والدين ألف فقتلت احدى البنتين صاحبتها لم يبطل من الدين شئ والباقى رهن بالف كلها لان الدين لم ينقسم عليهما وعلى ولديهما أرباعا على سبيل الترقب والانتظار لان قيمتهما على السواء فصارت كل واحدة فارغة وربعها مشغول بالدين لان قيمة كل واحدة مثل الدين والمقتولة ثلاثة أرباعها فارغة وربعها مشغول والجناية على ثلاثة أرباعها هدر لانه تلف بجناية الفارغ على الفارغ وبجناية المشغول على الفارغ الا انه لا يسقط ما بازائه من الدين ولكن يلحق باقيها الان

بفوات

بفوات الدين يتحول مافيه من الدين الى الام والجناية على ثلاثة أرباع ربع المشغول معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول مابازائه من الدين الى القاتلة فصارت القاتلة رهنا بسبعمائة وخمسين وأما القاتلة كانت رهنا بمائتين وخمسين وذلك كله ألف فان ماتت أم المقتولة بقيت القاتلة وأمها بسبعمائة وسبعة وثمانين ونصف لحقهما من الجناية وافتكها بذلك أمة مرهونة بالف وقيمتها ألف فولدت ولدا يساوى ألفا فجنى الولد فدفع بها لم يبطل من الدين شئ لان دفع الولد بمنزلة الهلاك ولو هلك الولد لا يسقط شئ من الدين فكذا هذا وان فقأت الام عينى البنت فدفعت الام وأخذت البنت فهى رهن بالف كاملة لان الام ان ماتت ماتت بجميع الالف عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى يسقط من الدين بقدر نقصان العين لان عنده فى الجثة العمياء اذا اختار مولى الفاقئ الدفع وأخذ الجثة له ذلك وليس لمولى المفقوءة امساك الجثة و يضمن النقصان وكذلك عند أبى يوسف رحمه الله تعالى اذا اختار مولى المفقوءة دفع الجثة وأخذ الفاقئ فالرهن كله فات الى خلف فيقوم الخلف مقامه وعند محمد رحمه الله لمولى المفقوءة امساك الجثة و يضمن النقصان وكان الفاقئ بدلا عن الجثة وعن العينين جميعا فما بازاء العينين من الرهن قد بطل لان العينين لم تصر ماسكا للراهن ولا وصل الى المرتهن فكان الرهن بقدر الجثة فاتنا بخلف فيكون رهنا به فان فقأت الام بعد ذلك عينى البنت فدفعت وأخذت الام عمياء ففى القياس تكون رهنا بجميع المال لان البنت قامت مقام الام بالدفع كما قامت الام مقام البنت بالدفع فى جميع الرهن وفى الاستحسان يعود الرهن الاول على حاله و يذهب منه بحساب مانقص من العينين لان الام كانت أصلا فى الرهن والبنت جعلت بدلا عنها وتبعا لها فاذا دفعت الام بالبنت فقد وقعت القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود من الرهن الايفاء ولم يوجد الايفاء فسقط اعتبار البدل فبقيت الام أصلا فى الرهن كما كانت قبل الدفع لا بدلا عن البنت فكانت أصلا ولو ذهبت عيناه يسقط من الدين بحساب العمياء فكذا هذا ولان البنت لما جعلت بدلا وتبعا للام فى الرهن فلو قامت الام مقام البنت يكون فى هذا المتبوع تبعا التبعيته وهذا خلاف موضع الشرع فلا تقوم الام مقام البنت بل تبقى أصلا وتبقى رهنا كما كانت رهن أمة تساوى ألفا بالف فولدت ولدين كل واحد يساوى ألفا فجنى أحدهما فدفع ثم فقأت الام عينه فدفعت الام وأخذ الولد مكانها فالولدان بالف وهذا عندهما لان الابن الاعمى يقوم مقام الام والام مع الابن الصحيح كانهما رهن بجميع الدين وكذلك الابنان وعند محمد رحمه الله تعالى يسقط مع الدين بقدر نقصان الاعمى فان مات الاعمى ذهب نصف الدين فان جنى الولد الباقى على الام فدفع وأخذ عاد الرهن الى حاله الاول وذهب من الدين بحساب ماذهب من الام استحسانا وفى القياس يكون بما كان من الولد لما بينا رهن أمتين تساوى كل واحدة ألفا فولدت كل واحدة ولدا يساوى ألفا ثم ان أحد الولدين قتل أمه لم يلحقه من الجناية شئ وكان رهنا بمائتين وخمسين وذهبت الام بما فيها مائتين وخمسين لان جناية ولد الرهن على الام هدر لانه تبع للام وفى حق الرهن لان عقد الرهن لم يرد عليه وانما صار رهنا تبعا للام فصار كسائر أطرافها وجنايتها على طرفها هدر فسقط مافيها فكذا هذا ولو أن الام قتلت ولدها عاد نصيبه اليها لان جنايتها على ولدها ان كانت مهدرة صار كان الولد مات حتف أنفه و يخلف مافيه الى أمه ولو لم يكن كذلك لكن أحد الولدين قتل الولد الآخر كانت أم المقتول وثلاثة أثمان القاتل رهنا بخمسمائة وخمسة أثمان القاتل وأمه رهن بخمسمائة قال والصواب أن يقال بان ثمن القاتل ونصف ثمنه مع أم المقتول رهن بخمسمائة وستة أثمان القاتل ونصف أم القاتل بخمسمائة لان الدين انقسم بينهم أرباعا لاستواء قيمتهم فصار بازاء كل واحد منهم مائتان وخمسون وثلاثة أرباع المقتول فارغ عن الدين لان قيمته ألف وربعه مشغول والقاتل كذلك والجناية على ثلاثة أرباع الفارغ هدر والجناية على ربع الربع المشغول هدر لانه تلف بجناية المشغول على المشغول فيتحول مابازائه الى أم المقتول وذلك اثنان وستون ونصف والجناية على ثلاثة أرباع هذا الربع معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول مابازائه الى القاتل وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وذلك ثلاثة أرباع مائتين وخمسين فصار مافى المقتول وهو مائتان وخمسون على أربعة أسهم فصار الالف على ستة أسهم وقد تحول ثلاثة منها الى القاتل وثلاثة من ستة عشر يكون ثمنه ونصف ثمنه والباقى ستة أثمان ونصف ثمنه فان مات القاتل لم يسقط من الدين شئ لانه بهلاك ولد الرهن لا يسقط شئ فان لم يمت وماتت أمه ذهب ربع الدين لانه كان بازائها ربع الدين ولو لم تمت امه ولكن ماتت أم المقتول ذهب من الدين خمسة أثمان خمسمائة أربعة أثمانها دين نفسها وهو مائتان وخمسون وثمنها بسبب الجناية على ولدها و بقى القاتل رهنا بسبعة أثمان خمسمائة أربعة أثمان دين نفسها وذلك مائتان وخمسون وثلاثة أثمان تحول اليه من دين المقتول وذلك مائة وسبعة وثمانون و نصف

وخمسون ومائتان فى عتق أمه فيفتكهم به الراهن رهن عبدا أو أمة بألف قيمة كل واحد ألف ولدت الجارية ولدا يساوى ألفا ففقأ الولد عينى العبد وأخذ مكانه فيكون مع الام رهنا بجميع الدين لان الولد قام مقام العبد لانه الرهن فان نكله وأخلف بدلا لانه فات العبد وأخذ بازائه بدلا صحيح العينين فقد فات كل الرهن الى خلف فيقوم مقام الاصل فى الرهن فان قتل الولد أمه أو الأم الولد فالقاتل رهن بسبعمائة وخمسين لان كل واحد منهما رهن بخمسمائة فيكون نصفه فارغا ونصفه مشغولا والجناية على النصف الفارغ وعلى نصف النصف المشغول هدر فسقط ما بازائه من الدين وذلك مائتان وخمسون والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة فيتحول ما بازائه من الدين الى القاتل فيصير القاتل أيهما كان رهنا بسبعمائة وخمسين ولو جاء العبد الاعمى فقتل القاتل ودفع به كان رهنا بسبعمائة وخمسين وهذا قياس وفى الاستحسان يسقط من الدين بقدر نقصان العينين وقدمر فيما تقدم واذا استعار من رجلين عبدين قيمة كل واحد ألف فرهنهما بألف ففقأ أحدهما عين الآخر ثم المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ فهنا أحكام ثلاثة حكم بين المستعير والمرتهن وحكم فيما بين المستعير والمعيرين وحكم فيما بين المعيرين أما الحكم فيما بين المستعير والمرتهن فنقول ان كل عبد نصفه فارغ ونصفه مشغول فلما فقأ عين الاكبر الاصغر فقد أتلف نصفه لان العين من الآدمى نصفه فالجناية على النصف الفارغ وعلى النصف المشغول هدر لما بينا فسقط ما بازائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بازائه من الدين الى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون فبقى الاصغر رهنا بمائتين وخمسين فصار الاكبر رهنا بستمائة وخمسة وعشرين ثم لما فقأ الاصغر عين الاكبر فقد أتلف نصف الاكبر وبازاء نصفه ثلثمائة واثناعشر ونصف فسقط نصف ذلك وذلك مائة وستة وخمسون وربع ويتحول نصف الآخر وذلك ربع الاصغر فبقى الاكبر رهنا بثلثمائة واثنى عشر ونصف وصار الاصغر رهنا بأربعمائة وستة وربع فيكون جملة ذلك سبعمائة وثمانية عشر وثلاثة أرباع وسقط مائتان وأحد وثمانون وربع وأما الحكم فيما بين المعير والمستعير فالمستعير يفتك العبد بسبعمائة وثمانية عشر درهما وثلاثة أرباع درهم وعليه أيضا لولى العبد المفقوءة عينه أولا مائة وخمسة وعشرون ولولى العبد المفقوءة عينه آخرا مائة وستة وخمسون وربع لان كل واحد من المولين صار قاضيا دينه من عبده هذا القدر وأما الحكم فيما بين المعيرين وهو أن يقال لمولى العبد الاكبر ادفع ثلاثة أرباع عبدك الى الثانى وافده بثلاثة أرباع أرش الفاقئ الآخر لانه وصل اليه ربع ارش العين من جهة المستعير لانه وصل اليه من جهة المستعير مائة وخمسة وعشرون وذلك ربع ارش العين لان أرش العين الواحدة خمسمائة متى كانت قيمة العبد ألفا ولم يصل اليه ثلاثة أرباع ارش العين فان فدى يقال لمولى الاصغر ادفع من عبدك ثلاثة أخماسه وثلاثة أثمان خمسه ونصف ثمن خمسه أو افده بمثل ذلك من ارش العين لانه وصل الى مولى الاكبر من جهة المستعير مائة وستة وخمسون وربع أرش العين وأربعة أثمان أخماسه ونصف ثمن خمس فاذا دفع أو فدى فقد برئ حى من حى فظهر كل عبدين جنايتين وعشر ولا يرجع واحد على صاحبه بشئ قال رحمه الله ﴿ولو رهن عبدا يساوى ألفا بألف ورجعت قيمته الى مائة فقتله رجل خطأ وغرم مائة وحل الاجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء لحقه ولا يرجع على الراهن بشئ﴾ أصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا وقد قدمنا ما فيه من التفصيل خلافا لزفر وهو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر فى المبيع حتى اذا حصل فى المبيع قبل القبض لا يثبت للمشترى الخيار ولو حصل فى الغصب لا يوجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين على ما تقدم واذا قتله حر غرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة تعتبر يوم الاتلاف لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن يتعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد الراهن يد استيفاء من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا للالف بمائة لانه يؤدى الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة فى العين فاذا هلكت يصير مستوفيا التسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا كان من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد ولا يؤدى الى الربا بالاختلاف الجنس بخلاف المسئلة الاولى لانا لو جعلناه مستوفيا للالف بمائة يؤدى الى الربا فجعلناه مستوفيا تسعمائة بالعبد الهالك وهو المقتول والمائة بالمائة قال رحمه الله ﴿ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة﴾ أى لو باع المرتهن العبد الذى يساوى ألفا بمائة بامر الراهن وكان رهنا بألف قبض المرتهن تلك المائة التى هى الثمن قضاء لحقه ورجع على الراهن بتسعمائة لانه لما باعه

باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك بطل الرهن وبقى الدين الا بقدر ما استوفاه فكذا ههنا هذا فيما اذا نقصت قيمته بتغيير السعر فجنى عليه وأما اذا ازداد ثلث قيمته بتغيير السعر فجنى عليه أومات بالسراية أوجنى على المرهونة وولدها أواعور المرهون أوزال عوره فجنى عليه فنذكر ذلك تتميما للفائدة قال فى المبسوط عبد مرهون صارت قيمته ألفين فصار كالو غصبه غاصب يضمن ألفين فكذا هذا فان أدى ألفا وتوى ألف كان المرتهن أولى بها لان القيمة الاصلية كانت ألفا ثم زادت ألفا أخرى فكانت هذه الالف الزائدة تبعا للالف الاصلية حيث وجدت بسبب وجودها فاذا ورد الهلاك يصرف الى التابع لا الى الاصل والتابع جميعا لان فيه الحاق التابع بالاصل ولا يجوز ذلك ولا يمكن صرفه الى الاصل دون التابع لانه لا يمكن ايفاء التابع دون الاصل ولان فيه ترجيح التابع على الاصل وذلك ممتنع فصرفنا الهلاك الى التابع ضرورة تحقيقا للتبعية كما فى المضاربة يصرف الهلاك الى الربح وان كانت قيمته فى الاصل ألفين فما يخرج من قيمته بين الراهن والمرتهن نصفين وما توى بينهما لان كل واحد منهما أصل بنفسه فما توى يتوى على الحقين وما يخرج يخرج على الحقين عبد مرهون بالف وقيمته ألف فقتله عبدان فدفعا به فهما جميعا رهن بالف لانهما قاما مقام الاول فيكون حكمهما كالاول فتكون جناية أحدهما الى صاحبه كجناية الاول على نفسه وذلك هدر وغير معتبر ويجعل التالف بلا جناية كالتالف بآفة سماوية عبدان رهنا بالف يساوى كل واحد خمسمائة فصار كل واحد يساوى ألفا ثم قتل أحدهما صاحبه كان الباقى رهنا بسبعمائة وخمسين لان كل واحد منهما نصفه فارغ ونصفه مشغول فى هذه الحالة ولو كانت قيمة كل واحد منهما ألفا يوم الارتهان يصير القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين فكذا اذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفا يوم الجناية اذ المعنى يجمعهما لما بينا ولو قتل كل واحد منهما عبدا فدفع به وقيمة المدفوع قليلة أو كثيرة ثم قتل أحد المدفوعين صاحبه فالحكم فيه كذلك لانهما قاما مقام الاصلين فكان الاصلين قائمان فازدادت قيمتهما ثم قتل أحدهما صاحبه لان حكم البدل لا يخالف حكم الاصل وفى المنتقى رجل قطع يد أمة انسان قيمتها ألف ثم رهنها المولى بخمسمائة وهى قيمتها فولدت ولدا يساوى خمسمائة ولم تنقصها الولادة شيأ ثم ماتت من الجناية فان شاء المولى حاسب المرتهن فيذهب من الدين بحساب ذلك ولا شئ له على الجانى وان شاء أخذ من الجانى قيمتها يوم قطع يدها وهى ألف ويرجع الجانى على المرتهن بقيمتها مقطوعة وذلك خمسمائة لانها ماتت فى ضمان المرتهن فتكون مضمونة عليه لان رهن المجنى عليه يقطع حكم السراية ويرجع المرتهن على الراهن بما ضمن وهو خمسمائة لان الرهن انتقض فى الام بالهلاك ويرجع أيضا عليه بحصة الام من الدين وذلك خمسمائة ويبقى للمرتهن على الراهن مائتان وخمسون حصة الولد فان مات الولد بطل الرهن فيه ورجع المرتهن بهذه المائتين وخمسين على الراهن لان الدين كله عاد الى الام ذكر ابن سماعة عن أبى يوسف رجل رهن رجلا كرا من شعير وغلاما وبرذونا كل واحد يساوى مائة بمائة درهم وقبض المرتهن فاقضم الغلام البرذون الشعير فان ثلث كل واحد منهم رهن بثلث المائة لان المائة مقسومة على ثلاثة وقيمتها مستوية فيصيب كل واحد ثلثه والثلثان للراهن فجناية ثلث العبد على الثلث من الرهن هدر لان جناية الرهن على الرهن مهدرة وجناية ثلثى العبد معتبرة فتكون فى عنق العبد لان جناية عبد الراهن على حق المرتهن فتكون مضمونة عليه فبقى البرذون ثلاثة اتساع المائة وسقط تسعه وهى ثلثها وفى العبد ثلاثة اتساع المائة وهى ثلثها وفى الشعير ثلاثة اتساع المائة وهى ثلثها فجناية العبد على تسع واحد هدر لانه جناية الرهن على الراهن فيلزم التسعان لان جناية ثلثيه جناية غير الرهن على الرهن فيكون ما بقى ثلاثة اتساع المائة وسقط تسعه ولو كان البرذون ضرب الغلام ففقأ عينه يذهب نصف ثلث الدين وهو تسع ونصف ثم أقضم الغلام البرذون الشعير فيلزمه أيضا من جنايته فى الشعير تسعان فيكون فى العبد ثلاثة اتساع ونصف وفى البرذون ثلاثة اتساع فيكون جملته ستة أتساع * وفى الجامع مسائله على فصول مختلفة أحدها فى هلاك المرهون بسراية الجناية الواقعة فى يد الراهن والثانى فى الجناية على المرهونة وولدها والثالث فى اعوار المرهونة وفى رهن العوار ثم انجلاء البياض أصلها ان رهن المجنى عليه يقطع حكم السراية ويبرئ الجانى عن ضمانها كالبيع لانه تعذر ايجاب ضمان السراية على البائع لان السراية حصلت فى ملك المشترى وتعذر ايجابه على المشترى فى الانتهاء فتصير الجناية مخالفة للجناية والنهاية مباينة عن البداية وذلك لا يجوز والرهن كالبيع لان المرتهن ملك المرهون عند الهلاك بالدين فيتبدل الملك عند الهلاك فالبراءة عن ضمان السراية انما تحصل عند الهلاك لا قبله حتى ان الراهن لو افتك الرهن قبل السراية ثم سرى ضمن الجانى جميع بدل الرهن لا بدل الطرف قطع يد جارية قيمتها خمسمائة وغرم القاطع لنفسه

خمسمائة للراهن حالا ولا يغرم بالسراية لان الجانى بالرهن برئ عن ضمان السراية لانها حصلت فى ملك المرتهن فبقى عليه أرش اليد وتجب فى ماله حالة كضمان اتلاف المال لان أطراف العبد ملحقة بالاموال فاتلافها يوجب ضمان المال والمرتهن بالهلاك يصير مستوفيا الدينه بقدر خمسمائة فسقط ذلك ولو ماتت بعد ما ولدت ولدا يساوى خمسمائة فولدها رهن بمائتين وخمسين فيدفع الى المرتهن فيكون رهنا فى يده لان الدين انقسم على الام والولد نصفين لاستواء قيمتهما للحال و بقية قيمة الولد خمسمائة الى وقت الفكاك فتحول نصف الدين اليه وذهب نصفه بذهاب الام فاذا ماتت الام بعد ما تحول نصف الدين الى الولد ظهر ان الدين كان فى نصف الجارية قضاء واقتضاء وايفاء واستيفاء وفى نصفها عقد وديعة وأمانة لانه ظهر ان نصفها كان مضمونا ونصفها أمانة وعقد الرهن يوجب البراءة عن ضمان السراية وعقد الامانة يوجب على القاطع ضمان نصف السراية وذلك خمسمائة وضمان نصف الجناية وهى القطع وذلك مائتان وخمسون فيكون جملته سبعمائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله تعالى ان خمسمائة من ذلك على عاقلة الجانى مؤجلا فى ثلاث سنين ومائتين وخمسين تجب فى ماله لان خمسمائة ضمان نصف النفس لانه لم يهدر نصف السراية وضمان النفس تجب على العاقلة مؤجلا ومائتان وخمسون ضمان المال وضمان المال يجب فى ماله حالا ولا يدفع مائتين وخمسين الى المرتهن لان هذا بدل نصف نفس الجارية ونصفها كان محبوسا فى يد المرتهن وان كان أمانة فكذلك بدلها يدفع اليه حتى يكون محبوسا عنده مع الولد فان هلك المائتان والخمسون فى يد المرتهن هلكت بغير شئ لانها كانت بدلا كما كانت أمانة فى يده وللبدل حكم المبدل فيهلك أمانة فان هلك الولد بعد ذلك يرد المرتهن المائتين والخمسين على الراهن والراهن على القاطع لان الولد لما هلك قبل الفكاك تبين انا أخطانا فى القسمة حتى قسمنا الدين عليهما نصفين لانه ظهر ان الدين كله كان بازاء الام حين لم يبق وقت الفكاك فقد هلكت الام بجميع الدين وظهر ان المرتهن قبض مائتين وخمسين من الرهن بغير حق وظهر ان القاطع كان بريئا عن السراية كلها وانما كان عليه ارش اليد خمسمائة لاغير وقد أخذ منه الراهن مائتين وخمسين بغير حق فيرد ذلك عليه أصلا اذ الدين متى قسم على الام والولد للحال ينظر ان بقيت قيمته غير منتقصة الى وقت الفكاك لا تعاد القسمة يوم الفكاك وان انتقصت قيمته تعاد القسمة لانه ظهر الخطا فى القسمة لانه وجب تقسيم الدين على قيمة الولد يوم الفكاك لان الام تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الفكاك لما بينا ثم المسائل على أربعة أقسام الاول رهن جارية بالف تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى خمسمائة فقتلها عبد يساوى ألفا ثم ذهب عينه يفتكه الراهن باربعة اتساع الالف لان العبد دفع بازاء الام والولد جميعا فيقسم العبد المدفوع عليهما باعتبار قيمتهما أثلاثا لان قيمة الام ضعف قيمة الولد فاذا ذهب عين العبد فقد ذهب نصف بدل الولد ولا يذهب من الدين شئ الثانية رهن جارية بالف تساوى ألفا فولدت ولدا قيمته ألف فقتلت الام جارية قيمتها مائة فدفعت فولدت المدفوعة ولدا يساوى ألفا ثم اعورت الام ذهب من الدين جزء من أربعة وأربعين جزأ وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى يذهب سدس الدين ويفتكه بخمسة اسداس وجه ظاهر الرواية ان قيمة المدفوعة انما تعتبر يوم الدفع لانها انما دخلت فى ضمانه بالدفع وقيمتها يوم الدفع مائة وقد اندفع الدين الى المقتولة وولدها لاستواء قيمتها فتحول نصف ما فى المقتولة من الدين الى ولدها وبقى نصف الدين فيها ثم المدفوعة لما قامت مقام المرهونة تحول ما فى المرهونة من الدين وهو خمسمائة على أحد عشر جزأ لان قيمة المدفوعة مائة يوم الدفع وقيمة ولدها ألف يوم الفكاك فصار كل مائة سهما فصار الدين مقسوما على احد عشر فصار بازاء المدفوعة سهم فاذا اعورت ذهب نصفها فذهب نصف ما بازائها من الدين وذلك نصف سهم فانكسر الحساب فاضرب اثنين فى أصل نصف الفريضة وذلك أحد عشر فصار اثنين وعشرين بازاء الولد عشرون جزأ وبازاء الام جزآن فاذا صار نصف الدين اثنين وعشرين صار النصف الآخر كذلك فصار الكل اربعة وأربعين جزأ اثنان وعشرون بازاء ولد المرهونة وعشرون بازاء ولد المدفوعة وسهمان بازاء المدفوعة وسقط سهم بذهاب نصفها بالعور فيبقى ثلاثة وأربعون جزأ فيفتكه بذلك ولو لم تعور الام القاتلة حتى قتلهم جميعا عبد قيمته ألف فدفع بهم ثم اعور العبد فالراهن يفتكه بخمسة أسهم من ستة وعشرين ما يخص القاتلة سهم ونصف عشر وما يخص ولدها خمسة لان العبد المدفوع قام مقامهم وصاروا كانهم احياء معنى ولم ينتقص من قيمتهم شئ وان انتقص سعرهم لان العبد صار مدفوعا بالفى درهم ومائة لانه دفع بهم وقيمتهم ألفان ومائة فانقسم العبد على الالفين ومائة على احد وعشرين سهما كل مائة سهم من ذلك بازاء القاتلة وعشرة بازاء ولدها وعشرة بازاء ولد المقتولة فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من الدين نصفه فذهب نصف بدل

كل واحد منهما خمسة أسهم فظهر انا أخطأنا فى القسمة لانه لم يبق قيمة الولد المقتول الى يوم الفكاك انتقص خمسمائة فنستأنف القسمة فيقسم الدين على قيمة المقتول يوم الرهن وعلى الباقى من قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك خمسة فيقسم الدين على ستة وعشرين سهما لان كل ألف صار على أحد وعشرين جزأ لما صار العبد على أحد وعشرين جزأ وقيمة المقتول ألف فيجعل أحدا وعشرين وقيمة ولدها خمسة فيصير ستة وعشرين أحد وعشرون بازاء المقتولة وخمسة بازاء ولدها فتحول ما بازاء المقتولة الى القاتلة لانها قامت مقامهم ثم المحول الى القاتلة انقسم عليها وعلى ولدها على تسعة أسهم وعشر سهم لان قيمة القاتلة يوم الدفع مائة ومائة مثل عشر قيمة المقتول وذلك سهمان وعشر سهم لان قيمة المقتولة صارت على احد وعشرين جزأ فتكون مائة من ذلك سهمان وعشر سهم وما بقى من قيمة ولدها خمسة أسهم فتصير جملته سبعة أسهم وعشر سهم سهمان وعشر حصة القاتلة وخمسة أسهم بدل ولدها فاذا ذهب عين العبد ذهب نصف حصتها وذلك سهم ونصف وعشر سهم من احد وعشرين فيبقى عشرون غير نصف عشر سهم فيفتكه الراهن بهذا والثالثة جارية مرهونة بألف وهى قيمتها اقطعت يدها جارية قيمتها خمسمائة فدفعت بها ثم ولدت كل واحدة ولدا يساوى خمسمائة فقتلهم جميعا عبد ودفع بهم فذهب عينه افتكه بسبعة وعشرين من خمسة وأربعين من الدين وان شئت قلت يفتكه بثلاثة أخماس الدين وتخريجه ان القاطعة لما دفعت قامت مقام يد المقطوعة وكان فى يد المقطوعة قبل القطع نصف الدين لان اليد من الآدمى نصفه فيتحول نصف الدين الى القاطعة وان قامت قيمة القاطعة عن خمسمائة لانها قامت مقام اليد المقطوعة وصار كأن يد المقطوعة قائمة الا انه تراجع سعرها وبقى فى المقطوعة يدها نصف الدين فلما ولدت كل واحدة من الجاريتين ولدا يساوى خمسمائة انقسم فى كل واحدة منهما من الدين عليهما وعلى ولدهما نصفين لاستواء قيمتهما فصار فى كل واحد منهم ربع الدين وذلك مائتان وخمسون فلما قتلهم جميعا عبد يساوى ألفا ودفع بهم قام ربع كل واحد من العبد مقام كل واحد منهم لان قيمتهم متساوية لان قيمة كل واحد منهم يوم دفع العبد خمسمائة فصار كان الاربعة كلهم أحياء ولم ينتقص منهم شئ بدنا وانتقص سعرا فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من بدل كل واحد منهم نصفه الا انه لا يذهب بذهابه نصف بدل كل واحدة من الجاريتين نصف ما بازائها من الدين فظهر انا أخطأنا فى القسمة لانه ظهر انه لم يبق قيمة ولد كل واحدة منهما خمسمائة الى وقت الفكاك بل بقى قدر مائة وخمسة وعشرين لما ذهب من بدل كل واحد من الولدين نصفه وبقى نصفه وهو مائة وخمسة وعشرون فنستأنف القسمة فيقسم جميع الدين على قيمة الجارية المقطوعة يوم الرهن وذلك ألف وعلى قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون فيجعل أقل المالين وهو خمسة وعشرون سهما فصارت قيمة الجارية ثمانية أسهم وقيمة ولدها سهم فصارت تسعة فيجعل الدين على تسعة أسهم فيصير بازاء الولد سهم بازاء الام وهى ثمانية اتساع الدين ثم تقسم ثمانية اتساع الدين على المقطوعة والقاطعة نصفين ثم يقسم نصف القاطعة وذلك أربعة اتساع الدين على قيمتها وهى خمسمائة يوم الرهن وعلى قيمة بدل ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون سهما وقسمة أربعة على خمسة لا يستقيم فاضرب أصل فريضة المقطوعة وولدها وذلك تسعة فى خمسة فيصير خمسة وأربعين للمقطوعة أربعون ولولدها خمسة ثم تحول نصف أربعين الى القاطعة وهو عشرون ثم تقسم عشرون على القاطعة وولدها على خمسة أسهم بازاء ولدها وذلك أربعة وأربعة أخماسه بازاء القاطعة وذلك ستة عشر فاذا ذهب عين العبد فقد ذهب من كل واحد منهما نصفه وكان بازاء المقطوعة عشرون سهما من الدين فسقط عشرة وكان بازاء القاطعة ستة عشر فسقط ثمانية وكان الساقط من الدين ثمانية عشر والباقى سبعة وعشرون فيفتك العبد بذلك وثمانية عشر خمسا جميع الدين كل خمس تسعة من خمسة وأربعين وسبعة وعشرون ثلاثة أخماس والرابعة جارية مرهونة بألف هى قيمتها فولدت ولدا يساوى ألفا ثم قتلت الام جارية تساوى مائة فدفعت ثم ولدت المدفوعة ولدا يساوى ألفا ثم قتلت المدفوعة جارية قيمتها ألف فدفعت بهم فولدت ولدا يساوى ألفا ثم ماتت الام قسم الدين على أحد وثلاثين فما أصاب عشرة فهو بحصة الولد الاول من الولد الحى يؤديه الراهن وما أصاب احدا وعشرين قسم على اثنى عشر وعشر سهم فما أصاب عشرة فهو حصة الولد الثانى يؤديه الراهن وما أصاب سهما وعشرا بطل عن الراهن نصفه وأدى نصفه وتخريجه ان الدين يقسم على المقتولة الاولى وولدها نصفين لاستواء قيمتهما وعلى ولدها احد عشر لان قيمة القاتلة مائة وقيمة ولدها ألف كل مائة سهم واذا صار نصف دين القاتلة على احد عشر صار نصف دين ولد المقتولة كذلك فصار كل الدين اثنين وعشرين سهما ثم القاتلة الثانية لما قتلت القاتلة الاولى وولديهما فقد قامت مقامهم وقيمتهم ألفان ومائة قيمة كل واحد ألف وقيمة القاتلة الاولى

مائة فجعلنا كل مائة سهما فصارت احدى وعشرين سهما فصارت قاتلة الثانية احدى وعشرين سهما بدل كل الولدين عشرة أسهم و بدل أسهامهم ثم يجعل ولد القاتلة الثانية على احد وعشرين سهما فالام لاستواء قيمتهما الان ولدها متولد عن بدل الاشخاص الثلاثة والمتفرع والمتولد عن ملك انسان يكون ملكاله فصار بدل كل واحد من الولدين عشرين جزأ عشرة من القاتلة الاخيرة وعشرة من ولدها و بدل أمها سهمان فاذا ماتت القاتلة الثانية فقد ذهب نصف بدلهم فاذا ذهب نصف بدل الولدين ظهر انا أخطأنا فى القسمة فنستأنف القسمة فيقسم الدين مستأنفا على قيمة المقتولة الاولى وعلى ألف يوم الرهن صارت منقسمة على احد وعشرين سهما وعلى قيمة ما بقى من بدل ولدها يوم الفكاك وذلك عشرة فيكون مبلغ جميعه احدا وثلاثين سهما عشرة حصة الولد واحد وعشرون حصة الأم ثم تقسم حصة المقتولة الاولى على قيمة القاتلة الأولى وعلى قيمة ولدها على اثنى عشر سهما وعشر سهم قيمة القاتلة الأولى مائة وقيمة المقتولة الاولى صارت على احد وعشرين سهما فعشر منها يكون سهمان وعشر سهم و بدل ولدها من القاتلة الاخيرة عشرة أسهم من احد وعشرين سهما فلهذا يقسم دين القاتلة الاولى عليها وعلى ولدها على اثنى عشر سهما وعشر سهمان وعشر حصة القاتلة وعشرة أسهم حصة ولدها ثم يقسم حصة القاتلة الأولى وهى سهمان وعشر سهم على بدلها وهو جزآن أحدهما فى القاتلة الاخيرة وعلى ولدها على السواء واذا كانت جارية باحدى عينيها بياض مرهونة بألف وهى قيمتها فذهبت العين الأخرى وصارت تساوى مائتين ذهب من الدين أربعة أخماسه فان ذهب البياض عن العين الأولى لم يعد شئ من الدين لانها زيادة متصلة حدثت بعد الرهن فلا تكون مضمونة فان ضرب رجل هذه العين فصارت بيضاء غرم ثمانمائة ويفتك الراهن الجارية الارش بخمسة اتساع الدين فان عميت الجارية بعد ذلك بان ذهبت العين التى كانت صحيحة بعد الرهن فالعمى يوجب نقصان ثمان مائة من قيمتها وقد ذهب عن أربعة أخماسها فذهب أربعة أخماس الدين ويبقى خمسه و يبقى أيضا حصة الارش أربعة أخماس الدين كذلك الباقى من الدين خمسة أسهم من تسعة فيفتك الرهن خمسه اتساع رجل رهن جارية باحد عينيها بياض قيمتها ألف بألف فذهب البياض وصارت قيمتها ألفين ثم ابيضت الصحيحة وعادت قيمتها الى ألف فعند أبى يوسف ومحمد ينظر الى ما كان ينقص هذا البياض ولو كان البياض على حاله فان نقص أربعة أخماس القيمة بطل أربعة أخماس الدين و بيان تعليل كل المسائل ينظر فى المبسوط قال رحمه الله ﴿فان قتله عبد قيمته مائة فدفعه به افتكه بكل الدين﴾ وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء دفع العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شئ عليه غيره وقال زفر يصير رهنا بمائة وسقط من الدين بقدر الغاية قلنا ان العبد الثانى قام مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا ينقص الدين وهى على الخلاف ولمحمد أن المرهون تغير فى ضمان المرتهن فيخير الراهن كالبيع والمغصوب اذا كان قيمة كل واحد منهما ألف وقتل كل واحد منهما عبدا قيمته مائة ان كل واحد من المشترى والمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القاتل ولا شئ له غيره وان شاء فسخ المشترى البيع و رجع المغصوب منه بقيمة العبد ولهما أن التغيير لم يظهر فى نفس العبد لقيام الثانى مقام الاول لحما ودما فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتل عبدا يساوى مائة فدفع به قال رحمه الله ﴿وان مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين﴾ لان الوصى قائم مقام الموصى وكان له أن يبيع الرهن فكذا الوصى قال رحمه الله ﴿فان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وأمر ببيعه﴾ وفعل ذلك الى القاضى لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره و يستوفى حقوقه من غيره ولو كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه لانه ايثار لبعض الغرماء بالايفاء الحكمى فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقى والجامع ما فى كل واحد منهما من ابطال حق غيره من الغرماء ألا ترى أن الميت بنفسه لا يملك ذلك بمرض موته فكذا من قام مقامه وان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع ووصول حقهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقى و بيع فى دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء فيملكه وله أن يبيعه والله أعلم

﴿فصل﴾ هذا الفصل بمنزلة المتفرقة المذكورة فى أواخر الكتب فلذا أخره استدراكا لما فاته فيما سبق قال رحمه الله ﴿رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوى عشرة فهو رهن بعشرة﴾ يعنى اذا رهن عند مسلم عصيرا الى آخرها

قالوا ما كان محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما أن ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء وان لم يكن محلا له ابتداء أقول لقائل أن يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع مسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل وقال ويمكن أن يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فكذلك تخلف عن ذلك الاصل اه أقول قوله ثم تخلل وهي تساوي عشرة يشير الى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أو موزون وفيها نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من ذلك الدين كما مر في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الغاية فيه مجرد الوصل وفوات كل شئ من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين باجماع بين أصحابنا فيكون الحكم فيه انه ان نقص شئ من القدر سقط بقدره شئ من الدين والا فلا وأشار بقوله ثم تخلل الى ان المرهون عنده مسلم والراهن فلو كان ذميا قال في المبسوط رهن ذمي من ذمي خمرا فصارت خلا لا ينقص من قيمته بقدره ويبقى رهنا لان بالتغيير من وصف المرارة الى الحموضة نقصت المالية عندهم ومقومها مع بقاء العين بحالها وبتبدل الصفة لا يبطل الرهن كما لو كان الرهن قلبا فانكسر وبقي الوزن على حاله ثم عندهما يتخير الراهن ان شاء افتكه بجميع الدين وأخذه وان شاء ضمنه خمرا مثل خمره فيصير الخل ملكا للمرتهن وعند محمد رحمه الله تعالى ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين كما في مسئلة القلب اذا انكسر كما مر بيانه وقيدنا بقولنا رهن مسلم عصيرا لان رهن الكافر الخمر عند مسلم أو رهن المسلم الخمر عند كافر باطل قال ارتهن المسلم من كافر خمرا فصار خلا فالرهن باطل ويكون الخل أمانة في يده للراهن وهو بالخيار ان شاء أخذه قضاء دينه وان شاء يدع الخل بدينه ان كانت قيمة الخل يوم الرهن كالدين لان المسلم يجوز أن يضمن الخمر بالرهن لانه سبب ضمان والمضمون متى نصب في يد الضمين يخير من له الضمان كما لو غصب المسلم خمرا من ذمي فصارت خلا في يده يخير الذمي لان الخمر عند أهل الذمة يصلح لمنافع ما لا يصلح له الخل ولا وجه فصار الخمر كالهالك من وجه وليس له أن يضمن المرتهن خمرا مثل خمره لان المسلم منهي عن تمليك الخمر ولا وجه أن يترك الخل عليه ويضمن النقصان لانه يؤدي الى الربا ولا وجه أن يأخذ الخل ويضمن الدين كله لانه يتضرر به فقلنا بانه يجعله بالدين ليدفع الضرر عنه وليس فيه ضرر على المرتهن فكذا هذا فاذا وجبت قيمة الخمر للراهن على المرتهن فله عليه مثل ذلك فيلتقيان قصاصا ولو ارتهن الكافر خمرا من مسلم لا يجوز ويكون أمانة في يد المرتهن لان الخمر لا يصير مضمونا على الكافر المسلم وان قبضا بجهة الضمان كما في الغصب والاتلاف ارتهن مسلم من مسلم عصيرا فصار خمرا فللمرتهن تخليلها وتكون رهنا ويبطل من الدين بحساب ما نقص يعني من الكيل والوزن بقذف الزبد لان من التخليل احياء حق المرتهن واصلاح الفاسد فله ذلك وفي ابقاء العقد بعد التخمير فائدة لجواز التخليل فيبقى كالعصير اذا تخمر قبل القبض يبقى البيع فكذا هذا والدين يسقط بانتقاص الرهن لانه احتبس عنده بعض الرهن ولا ينقص بانتقاص القيمة كما اذا تغير السعر وقيدنا بذكر العصير في المسلم قال وان كان الراهن كافرا يأخذ الخمر والدين عليه وليس للمرتهن أن يخللها فان خللها ضمن قيمتها يوم خلل ورجع بدينه بخلاف ما لو كان الراهن مسلما فخللها لم يضمن والفرق ان هناك لا ضرر على الراهن في ابقاء عقد الرهن الى ما بعد التخمير بل له فيه منفعة لان ما آله يصير متقوما بالتخليل ولم يصر المرتهن متلفا لماله بل اضرار بالراهن لان لأهل الذمة رغائب في الخمر ما ليس مثلها في العصير وهو لم يرض بكون الخمر رهنا فلو بقينا عقد الرهن بعد تغيير ملكه في حقه يؤدي الى الضرر به لان الخمر بالعصير جنسان مختلفان في حق أهل الذمة وهو لم يعقد الرهن على الخمر وانما عقد على العصير فلا يبقى العقد فيكون للراهن أخذ الخمر من المرتهن فان خللها يضمن قيمتها لانه أتلف الخمر بالتخليل على الذمي لما بينا والله أعلم رهن ذمي من ذمي جلد ميتة فدبغه المرتهن لم يكن رهنا وأخذه الراهن وأعطاه أجرة الدباغة ان كان له قيمة لان جلد الميتة ليس بمال عند أحد فلم ينعقد العقد لفوات المحل فلا يعود جائزا بحدوث المحلية من بعد كما لو رهن من مسلم خمرا فصارت خلا فاذا دبغه بشئ له قيمة بقي أثره في الجلد فيكون له على صاحب الجلد قيمة ما زاد الدباغ فيه كمن صبغ ثوب انسان بصبغه فصاحب الثوب يأخذه بقيمة ما زاد الصبغ فيه فكذا هذا رهن ذمي من ذمي خمرا ثم أسلم لم يبق رهنا أي لم يبق مضمونا فان خللها وتخللت فهي رهن لان الخمر لا تصلح أن تكون مضمونة لمن يتوهم زواله فاذا زال العارض بان صارت

خلا يكون رهنا على حاله لان فى ابقاء الرهن فائدة و ينبغى أن يكون للمرتهن ولاية الحبس للتخالل قال رحمه الله ﴿ ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوى درهما فهو رهن بدرهم ﴾ لان الرهن يتعذر بالهلاك واذا أحيا بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود صحيحا وأما الرهن فيتعذر بالهلاك ومن المشايخ من يقول بعود البيع وقوله وهو يساوى درهما ظاهره انه يعتبر فى القيمة حال الدباغ وكذا قوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يوم الرهن درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين و يعرف ذلك بالتقويم وان تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد هذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة وان كان بعضها أمانة بان كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضا بعضه أمانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين قالوا هذا اذا دبغه المرتهن بشئ لا قيمة له وان دبغه بشئ له قيمة كان للمرتهن حق حبسه بمازاد الدباغ فيه كالو غصب جلد ميتة ودبغه بشئ له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى اذا أدى الراهن مازاد الدباغ فيه أخذه وليس له ان يحبسه بالدين لانه لما حبسه بالدين الثانى فصار به محبوسا حكما خرج من أن يكون رهنا بالاول حكما كما اذا رهنه حقيقة بان رهن الرهن بدين آخر غيرما كان محبوسا به فانه يخرج عن الاول ويكون رهنا بالثانى فكذا هذا وقيل لا يبطل لان الشئ انما يبطل بماهو فوقه أومثله ولا يبطل بماهو دونه كالمبيع بألف اذا باعه ثانيا منه بأقل أو بأكثر يبطل لانه مثله ولا يبطل بالاجارة والرهن لان الثانى دون الاول لانه انما يستحق حبس الجلد بالمالية التى اتصلت بالجلد بحكم الدباغ وتلك المالية تبع للجلد لانها وصف له والوصف دائما يتبع الاصل فالرهن الاول رهن بماهو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون أقوى من الثانى فلم يرتفع الاول بالثانى قال فى المبسوط وان كانت قيمتها أكثر من الدين بان كانت عشرين والدين عشرة ينظران كان الجلد يساوى درهما والباقى تسعة عشر فالجلد رهن بنصف درهم وان كانت قيمتها أقل من الدين بان كانت تساوى خمسة والجلد درهما واللحم أربعة سقط من الدين أربعة وبقى الجلد رهنا بستة لان بالهلاك سقط خمسة من الدين مقدار قيمة الرهن وبقى الدين خمسة فاذا دفع الجلد فقد أحيا خمس الرهن فعاد خمس الدين الذى كان بازائه وهو درهم وسقط أربعة التى بازاء اللحم لانه لم يزل التوى عن اللحم وكان الباقى من الدين ستة فصار الجلد مرهونا بستة مضمونا بدرهم لان كل جزء من أجزاء الشاة مرهون بجميع الدين مضمون بمقدار قيمته فكذا الجلد هذا اذا دبغ بشئ لا قيمة له فان دبغ بشئ له قيمة فانه يستحق المرتهن الحبس بمازاد الدباغ فيه كالغصب فاذا استحق الحبس بدين آخر حادث هل يبطل الرهن الاول قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى لقائل ان يقول يبطل الرهن الاول فى حق الجلد و يصير الجلد رهنا بمازاد الدباغ فيه كالو رهن الراهن هذه العين بدين حادث ولقائل ان يقول يبقى الرهن الاول و يصير محبوسا بقيمة الدباغ حتى لا يكون للراهن ان يفتكه مالم يرد ما بازائه من الدين وقيمة الدباغ قال فى المنتقى روى هشام عن محمد رهن أجنبى بدين آخر وهو ألف عبدا بغير أمر المطلوب ثم أجنبى آخر رهنه عبدا آخر بغير أمر المطلوب فهو جائز والاول رهن بألف والثانى رهن بخمسمائة لان الاول تبع بالرهن ولا رهن بالدين فيكون رهنا بجميع الدين والثانى رهن و بالدين رهن فلا يصير رهنا الا بخمسمائة وذكر الحسن عن أبى حنيفة اذا أبق العبد الرهن ثم وجد بطل من الدين بقدر نقصان الآبق لانه بالاباق صار معيبا فانه لا يشترى بعد الاباق بمثل ما يشترى قبله قال رحمه الله ﴿ ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف للراهن ﴾ لانه متولد من ملكه قال رحمه الله ﴿ وهو رهن مع الاصل ﴾ وهو تبع له والرهن حق متأكد لازم يسرى الى الولد ألا ترى ان الراهن لا يملك به ابطاله بخلاف ولد الجارية حيث لا يسرى حكم الجناية الى الولد ولا يتبع أمه فيه لانه فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بابطاله بالفداء بخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها لان المستأجر حقه فى المنفعة دون العين وفى الكفالة الحق يثبت فى الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفى الغصب اثبات اليد العادية بازالة اليد المحقة وهو معدوم فى الولد ولا يمكن اثباته فيه تبعا لانه فعل حسى والتبعية لا تجرى فى الاوصاف الشرعية وفى الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهى منفعة الام والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعا و بعده لا ينقلب موجبا أيضا بعد ان انعقد غير موجب قال رحمه الله ﴿ و يهلك مجانا ﴾ أى اذا هلك النماء يهلك مجانا بغير شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا قال رحمه الله ﴿ وان هلك الاصل و بقى النماء فك بحصته ﴾ يعنى اذا هلك

الاصل

الاصل وهو الرهن و بقى النماء وهو الولد يفتك الولد بحصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والنماء اذا صار مقصودا بالفكاك يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى لو هلكت الام قبل القبض و بقى الولد كان للمشترى ان يأخذه بحصته من الثمن ولو هلك قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن قال رحمه الله ﴿ و يقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الاصل وفك النماء بحصته ﴾ لان الولد صار له حصة بالفكاك والأم دخلت فى الضمان من وقت القبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما فى وقت اعتباره ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك أمه قبل الفكاك هلك بغير شئ فيعلم بذلك انه لا يقابله شئ من الدين الا عند الفكاك ولو أذن الراهن للمرتهن فى أكل زوائد الرهن بان قال مهما زاد فكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الرهن لانه أتلفه باذن الراهن وهذه اباحة والاطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك وان لم يفتك الرهن حتى هلك فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التى أكلها المرتهن وعليه قيمة الاصل فما أصاب الاصل سقط وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن لان الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كان الراهن أخذه وأتلفه ويكون مضمونا عليه فكان له الدين هكذا ذكره فى الهداية والكافى وفى فتاوى قاضيخان والمحيط وعزاه الى الجامع ولو نقصت قيمة الام بتغير السعر فصارت تساوى خمسمائة أو زادت فصارت تساوى ألفين والولد على حاله يساوى ألفا فالدين بينهما نصفان ولا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو بتغير السعر فصارت خمسمائة فالدين بينهما أثلاثا ثلثان فى الام والثلث فى الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوى ألفين فثلثا الدين فى الولد والثلث فى الام حتى لو هلكت الام بقى الولد بثلثى الدين ولو ولدت الام ولدا وقيمتهما سواء ثم اعورت الام بعد الولادة أو قبلها ذهب من الدين ربعه وهو مائتان وخمسون لان الدين ينقسم عليهما نصفين فيذهب نصف ما كان فيها من الدين وفى المنتقى رهن أرضا ونخلا بدين قيمة كل واحد خمسمائة فاحترق النخل ونبت فى الارض نخل آخر يساوى خمسمائة قال يذهب من الدين نصفه باحتراق النخل وما نبت فهو زيادة فى الارض بمنزلة رجل رهن أمتين فماتت احداهما ثم ولدت الباقية جارية بألف فقتلتها أمة تساوى مائة فدفعت بها ثم ولدت ولدا يساوى ألفا فالدين بينهما نصفان لان الامة الاولى على حالها والزيادة فى الرهن حكمها حكم الاصل محبوسة مضمونة كالاصل لانها تلحق باصل العقد وصارت كالموجودة فى العقد كما فى زوائد المبيع و يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت فان كانت قيمة الاصل وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة انقسم الدين عليهما أثلاثا لان الضمان انما يجب بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما يوم القبض فان نقص الرهن فى يده ثم زاد آخر قسم ما بقى من الدين على قيمة الباقى وقيمة الزيادة يوم قبضت مثاله اذا رهن عبدا يساوى ألفا بألف فاعور ثم زاده رهنا آخر قسم ما بقى من الدين على قيمة الباقى وهو العبد الاعور وعلى قيمة العبد الزائد أثلاثا ثلثه بازاء العبد القديم وثلثاه بازاء العبد الزائد بخلاف ما اذا ولدت الامة المرهونة بعدما اعورت ولدا يساوى ألفا فانه يقسم الدين على قيمتها يوم القبض وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين ثم ما أصاب الام سقط نصفه بالاعورار فبقى الام والولد بثلاثة أرباع الدين والفرق ان ثمنية الولد تتفرع عنها فيسرى اليه حكم الاصل تبعا كان الولد متصلا بها فيعتبر فى القسمة قيمة الام يوم القبض لان التحكم فى الزيادة ثبت أصلا لا بطريق السعاية والتبعية فيعتبر فى القسمة قدر الباقى من الدين وقت الزيادة وكذلك لو قضى الراهن المرتهن خمسمائة فتكون الزيادة رهنا بثلثى خمسمائة فى النصف الباقى من العبد القديم وفى المنتقى رجل رهن عند رجل دينارا بعشرة دراهم ثم زاده الراهن دينارا آخر وزاده المرتهن خمسة دراهم على أن يكون الديناران رهنا بالخمسة عشر لانهما جعلاهما كذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الدينار الاول وثلثا الدينار الثانى يكون رهنا بالعشرة الاولى و يكون ثلث الدينار الثانى رهنا بنصف الخمسة و يكون نصفه الثانى دينا عليه بلا رهن لان عنده الزيادة فى دين الرهن غير جائزة فتكون الزيادة فى الدين ابتداء ايجاب للدين فلا يكون الدينار الاول رهنا بالخمسة الزائدة و يكون قد جعلا الدينار الزائد رهنا بالعشرة الاولى والخمسة الزائدة فصار ثلثا الدينار الاول وثلث الدينار الثانى ولم يصح رهن ثلث الدينار الاول بها فصح الرهن فى نصفها وبطل فى نصفها الزيادات أصله ان الدين يقسم على الامة المرهونة وولدها المولود فى الرهن بشرط بقاء الولد الى وقت الفكاك لان الولد وان صار مرهونا ولكن لا يسقط له من الدين شئ ما لم يصر مقصودا وانما يصير مقصودا وقت الفكاك لانه يرد عليه القبض الذى له شبهة بالعقد مسائله على فصول أحدها فى الامة المرهونة اذا ولدت ثم زيد فى الرهن

والثانى فى احدى الامتين المرهونتين اذا ولدتا ثم زيد فى الرهن والثالث فى الجارية المرهونة اذا اعورت ثم زيد فى الرهن ولو رهن جارية بألف تساوى ألفا فولدت ما يساوى ألفا ثم ماتت الامة فزاد الرهن ولدا يساوى ألفا افتكهما من المرتهن بنصف الدين لان الدين انقسم عليهما نصفين لاستوائهما فى القيمة ثم حصة الام وهى خمسمائة قد سقطت بهلا كها وصار الولد أصلا فى الرهن بشرط بقائه الى وقت الفكاك فدخلت الزيادة عليه وانقسمت الخمسمائة الباقية على العبد الزائد والولد نصفين وان مات الولد استرد العبد بلا شئ لانه لما هلك الولد صار كانه لم يملك أصلا فتبين انه لا قسط له من الدين لانه لم يبق الى وقت الفكاك فتبين ان كل الدين ساقط بهلاك الام وانه زاد العبد وليس هناك دين قائم فكانت الزيادة باطلة فكان له أن يسترده بغير شئ ولو لم يمت ولكنه زاد حتى صار يساوى ألفين يفتك الاول والعبد بثلثى الدين لان فى انقسام الدين انما تعتبر قيمة الولد وقت الفكاك وقيمة الام وقت العقد ألف فانقسم الدين أثلاثا فسقط ثلثه بهلاك الام وبقى ثلثاه تبعا للولد ولو نقص فصار يساوى خمسمائة افتكه بثلث الدين لانه تبين انه سقط بهلاك الام ثلثا الدين لان الدين انقسم عليهما أثلاثا ثلثه بازاء الولد لان قيمته يوم الفكاك ثلث قيمة الام وقت العقد ولو عمت الام وزاد العبد ففيه نصف الدين وفى الام وولدها نصفه لان الجارية لما كانت قائمة كان الولد تبعا لها فى الرهن فما لم يظهر نصيب الاصل لا يعتبر التبع فى الانقسام لان التبع يدخل مع الاصل فى الانقسام فانقسم الدين على الجارية وعلى العبد الزائد نصفين بخلاف ما اذا ماتت الجارية ثم زيد الولد لان الولد صار أصلا فى الرهن بفوات الاصل لان اتباع القائم للهالك لا يتصور فلا بد من أن يجعل أصلا فاعتبرناه فى الانقسام أصلا فانقسم ما بقى من الدين على الولد والعبد الزيادة رهن جارية تساوى ألفا بألف فقضاه من الدين خمسمائة ثم زاد عبدا يساوى ألفا فالعبد رهن بثلثى الخمسمائة الباقية لان الزيادة فى الرهن انما تصح فى حق القائم من الدين دون الساقط لان الرهن استيفاء وايفاء الساقط والمتوفى لا يتصور والقائم من الدين خمسمائة فيقسم على قيمة العبد وعلى نصف قيمة الجارية لان نصفها بقى مشغولا بالخمسمائة المستوفاة مضمونا بها فان استيفاء الدين لا يخرج الرهن من أن يكون مضمونا حتى لو هلك الرهن فى يد المرتهن يسترد الراهن المستوفى فانقسمت الخمسمائة الباقية أثلاثا ثلثاه فى العبد الزيادة فان وجد المرتهن ما اقتضاه ستوقة فالعبد والجارية رهن بألف لان الستوقة ليست من جنس حقه فبقبضها لا يصير مقتضيا ومستوفيا فتبين أن جميع الدين كان قائما حتى زاده العبد وان وجده زيوفا ومستحقا فرده فالجارية رهن بألف والعبد رهن معها بخمسمائة وليس للراهن أخذ الجارية بخمسمائة حتى يؤدى الالف وان أدى خمسمائة فله أن يأخذ العبد لان الزيوف من جنس حقه الا أنه معيبا ووجود العيب لا يبدل جنسه كما فى الصرف والسلم فصار مقتضيا ومستوفيا لا مستبدلا فحين زاد العبد كان القائم من الدين خمسمائة فصار العبد زيادة قيمة فانقسمت الخمسمائة عليها والرد بعيب الزيادة ينقض القبض من الاصل ولكن لم يتبين انه لم يكن قابضا ألا ترى أن عتق المكاتب لا يبطل برد المولى المال بعيب الزيافة فلهذا كان العبد زيادة فى الخمسمائة خاصة رهن جاريتين بألف تساوى كل واحدة ألفا وزاده عبدا فولدت احداهما ولدا يساوى ألفا ثم ماتت الام ثم مات العبد يموت خمسمائة وخمسة وعشرون لان نصف الالف يسقط بهلاك احدى الجاريتين لان قيمتها ألف وذلك لان الالف انقسم عليها وعلى ولدها نصفين فسقط بهلا كها حصتها وهى خمسمائة وبقى الولد بخمسمائة وفى الجارية الباقية ألف والعبد الزائد يدخل ثلثاه مع الجارية الباقية وثلثه مع الولد لان الولد صار أصلا لفوات متبوعه فدخل فى الخمسمائة التى فى الولد فيقسم ذلك على قيمة الولد وهى ألف وعلى ثلث قيمة العبد وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فاجعل هذا القدر بينهما فتكون قيمة الولد ثلاثة أسهم وانقسمت الخمسمائة أرباعا أربعها فى ثلث العبد الزائد وثلاثة أرباعها فى الولد وأما الالف التى فى الجارية الباقية انقسمت على قيمتها وهى ألف وعلى قيمة ثلثى العبد الزيادة وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان فاجعل التفاوت بين الاقل والاكثر بينهما وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فصار ثلثا العبد الزائد سهمين والجارية الباقية ثلاثة أسهم فيكون كله خمسة أسهم فانقسمت الالف عليهما أخماسا وذلك أربعمائة فى ثلثى العبد الزائد وثلاثة أخماسه وذلك ستمائة فى الجارية الباقية فصار جملة ما فى العبد خمسمائة وخمسة وعشرون ولو لم يمت العبد ومات الولد فالعبد والامة الباقية بالالف لانه لما مات الولد صار كأنه لم يكن وتبين أنه سقط بموت أمه ما كان فيها وذلك ألف وبقى العبد الزائد مع الجارية الباقية رهنا بألف ولو لم يمت الولد وماتت الجارية الباقية تموت بستمائة لان قيمتها ستمائة وان مات العبد بعدها يموت بخمسمائة وخمسة وعشرين لان ذلك قيمته وان لم يمت الا الجارية الاولى وبلغت قيمة الولد

ألفين فانهم جميعا بألفين وثلث ألف لانه يعتبر فى الانقسام قيمة الولد يوم الفكاك ويبقى ألفان فانقسم ما كان فى أمه على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الفكاك أثلاثا سقط بموت أمه ثلثاه وذلك ألف بقى ألف وثلث ألف فصار وا رهنا بما بقى فان مات العبد مات بار بعمائة وستة وتسعين وتسع لان العبد كان زيادة فى القائم من الدين فدخل على الولد والجارية القائمة أخماسا خمساه مع الولد وقيمة ذلك أر بعمائة وثلاثة أخماسه مع الجارية وقيمة ذلك ستمائة ثم انقسم ما فى الولد وذلك ثلثا الالف على قيمة الولد وهى ألفان وعلى خمسى العبد الزائد وذلك أر بعمائة فاجعل مقداره أر بعمائة سهم فصار قيمة الولد خمسة أسهم فانقسم ذلك بينهما أسداسا سدسه وهو مائة واحد عشر درهما وتسع فى خمس العبد وخمسة أسداسه وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة اتساع حصة الولد وانقسم ما فى الجارية الباقية على قيمتها وهى ألف وعلى قيمة ثلاثة أخماس العبد وذلك ستمائة فاجعل كل مائتين سهما فصارت الجارية الباقية خمسة أسهم وثلاثة أخماس العبد ثلاثة أسهم فصار كله ثمانية أسهم يكون لكل سهم مائة وخمسة وعشرون وتسع يكون أر بعمائة وستة وثمانين وتسعا فان ماتت الجارية فحصل فى ثلاثة أخماس العبد ثلاثمائة وخمسة وسبعون اذا ضممته الى مائة واحدى وعشرين وتسع يكون أر بعمائة وستة وثمانين وتسع فان ماتت الجارية والعبد بقى الولد بخمسمائة وخمسة وخمسين وخمسة اتساع لان ذلك حصته من الدينين وان ماتت الجارية ماتت بخمسمائة وستة وعشرين وفى المبسوط أصله أن الولد الحادث والمرهونة بعد العور يجعلان كالموجود قبل العور حتى يعود بسببه بعض ما كان ساقطا من الدين ومسائله على أنواع أحدها فى الزيادة بعد العور والثانى فى الزيادة بعد قضاء بعض المال الاول رهن جارية تساوى ألفا بألف فاعورت فزاد الراهن جارية تساوى خمسمائة فولدت الجارية العوراء ولدا يساوى ألفا ثم ماتت الجارية الزائدة يفتك الجارية العوراء وولدها بتسعة وثلاثين جزأ من ثمانين جزأ وتذهب الجارية الزائدة باحد وعشرين من ثمانين لانه جعل هذا الولد الحادث بعد الاعورار كالحادث قبل الاعورار فانقسم جميع الدين عليهما نصفين فلما اعورت سقط بالاعورار نصف ما فيها وذلك مائتان وخمسون وبقى سبعمائة وخمسون وهذا معنى قوله يعود بعد ما سقط فلما زادت زيادة تساوى خمسمائة صارت هذه الزيادة فى القائم من الدين فانقسمت الجارية الزائدة أثلاثا ثلث صار مضموما الى نصف الولد وثلث صار مضموما الى العوراء ثم باقى نصف الولد وهو مائتان وخمسون انقسم على قيمة الولد وثلث الزائدة الوجه الثانى لو لم تعور الجارية وقضى الراهن خمسمائة ثم زاد جارية تساوى خمسمائة ثم ولدت الجارية الاولى ولدا يساوى ألفا فالجارية الزائدة رهن بمائتين وخمسين لا تزيد ولا تنقص سواء كانت ولدت بعد الزيادة أو قبلها والباقى من الدين وذلك خمسمائة يقسم على قيمة الجارية الزائدة وعلى نصف الجارية الاولى فانقسم عليهما نصفين وولدها تبع لها وبيان التعليل يؤخذ من المبسوط قال رحمه الله ﴿وتصح الزيادة فى الرهن لا فى الدين﴾ يعنى لو زاد على الرهن رهنا آخر جاز استحسانا خلافا لزفر والزيادة فى الدين لا تصح عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تجوز الزيادة فى الدين أيضا ويجوز أن يكون للمرتهن على الراهن دين آخر فيجعل الرهن رهنا بهما ولابى يوسف رحمه الله تعالى ان هذه الزيادة تصير بعض الرهن رهنا بالزيادة وهو دين حادث مع بقاء القبض فى الاصل وهذا تصرف فى الرهن لا فى الدين ولهما ولاية التصرف فيكون مشروعا تصحيحا للتصرف فيهما ولهما ان الراهن تصرف فى الرهن لا فى الدين ولو صحت الزيادة فى الدين تصير زيادة فى الرهن تبعا فينقلب المتبوع تابعا وفيه تغيير المشروع وتبديل الموضوع وهو باطل وفى العناية ولو قال زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت مع الام فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقى الولد والزيادة بما فيها فلا يبطل الحكم بالزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شئ وفى العناية أيضا ولو قال زدتك هذا رهنا مع الولد جاز العقد ويكون رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل فى ضمانه بالقبض فان مات بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن فيبطل الحكم فى الزيادة اه والمراد بقوله ان الزيادة فى الدين لا تصح ان رهنا لا يكون رهنا بالزيادة وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائزة اجماعا واذا صحت الزيادة فى الرهن ثم قبضت قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه وظاهر عبارة اطلاق المؤلف زيادة الدين شرط فى مقابلتها رهنا أولا والمنقول التفصيل قال فى المبسوط رهنه عبدا قيمته ألف بخمسمائة ثم زاده المرتهن

بخمسمائة على ان زاده الراهن أمة العبد الرهن بالدين كله فالامة نصفها رهن مع العبد بخمسمائة عندهما قال أبو يوسف هما رهن بالالف رهنه عبدا قيمته خمسمائة بخمسمائة من الدين والدين ألف ثم زاده أمة قيمتها ألف بالالف كله فولدت ولدا قيمته خمسمائة ثم مات العبد والامة بقي ولدها بثلث الخمسمائة التي كان العبد رهنا بها و بثلث الخمسمائة الاخرى الدين ألف فرهنه أمة بخمسمائة منها قيمتها ألف ٧ ثم رهنه بالالف كله أمة تساوي خمسمائة فولدت كل واحدة ولدا قيمته مثل قيمة الام فالاولى وولدها ونصف الثانية ونصف ولدها رهن بخمسمائة والامة القديمة فان ماتت الامة الزائدة ذهب ربع الخمسمائة الباقية وخمسون من الخمسمائة الاولى وبقي نصف ولدها رهنا بثلاثة أرباع الخمسمائة الباقية رجل له على آخر ألف فرهنه بخمسمائة منها أمة تساوي مائتين ثم زاده أمة تساوي ثمانمائة درهم فهما رهن بالمال كله فولدت كل واحدة ولدا قيمته مثل قيمة أمه ثم ماتت الاولى ذهب من الخمسمائة الاولى ثلثها ومن الخمسمائة الاخيرة خمسها وبيان الدليل والتعليل يطلب من المطولات قال رحمه الله ﴿ومن رهن عبدا بألف فدفع عبدا آخر رهنا مكان الاول وقيمة كل ألف فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن من الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول﴾ لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا برفعهما واذا دخل بقي الاول في ضمانه ولا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بأحدهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد العقد فيه لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وقيل لا يشترط لان الراهن تبرع وعينه أمانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر وقد مر واذا اشترى بالدين عينا أو صالح من الدين على عين أو أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين و بطل الشراء والصلح واذا تصادقا على أن لا دين ثم هلك يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق فتكون الجهة باقية وفي الكافي ذكر شمس الأئمة في المبسوط اذا تصادقا على أن لا دين بقي ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا وظهوره يكفي لضمان الرهن وأما اذا تصادقا قبله يبقى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الرهن وذكر الاسبيجابي أنهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب أنه لا يهلك مضمونا رجل دفع مهر امرأة غيره تطوعا فطلقت المرأة قبل الوطء رجع المتطوع بنصف ما أدى وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل باداء ثمنه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما أدى عنهما فصار كادائهما باذنهما قلنا انه اذا قضى بأمرها رجع عليها بما أدى فملكه بالضمان وهنا لم يملكه فيبقى على ملك المتطوع والله تعالى أعلم

﴿كتاب الجنايات﴾

أورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا ترى الى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية لانها محظورة فانها عبارة عما ليس للانسان فعله اهـ أقول هذا ليس بشيء لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو أحكام الجنايات دون أنفسها ولا شك ان أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة وأيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شيء أي تكسبه وهي في الأصل مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح و يسوء الا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما في الكتاب والشروح الكلام في الجناية من أوجه الاول في معرفة مشروعيتها والثاني في سبب وجوبها والثالث في تفسيرها لغة والرابع في تفسيرها عند الفقهاء والخامس في ركنها والسادس في شرطها والسابع في حكمها أما الاول فهو معرفة مشروعيتها لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود والقتل عدوان وسبب مشروعية القصاص رفع الفساد في الارض وأما معناها لغة فهي في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه تسمية للمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا أنه خص بما يحرم من الفعل وأصله من جني التمر وهو أخذه من الشجرة وأما في الشرع فهو اسم لفعل محرم شرعا سواء كان من مال أو نفس لكنه في عرف الفقهاء يراد به عند اطلاقه اسم الجناية الواقعة في النفس والاطراف من

الآدمي والجناية الواقعة في المال تسمى غصبا والجناية الواقعة من المحرم أوفي الحرم على الصيد جناية المحرم وأما ركنه فهو القتل وهو فعل مضاف الى العباد تزول به الحياة بمجرد العادة وأما شرطه فالمماثلة والمعادلة في الاستيفاء لان المماثلة مشروطة في أجزية السيآت وضمان العدوانات لقوله تعالى ومن جاء بالسيئة فلا يجزى الا مثلها ولان في ايجاب الناقص بخسا بحق المظلوم وفي ايجاب الزيادة جور على الظالم والبخس غير مشروع والحيف حرام فكان الانصاف والانتصاف في ايجاب المماثلة الا انه سقط اعتبار المماثلة في محال الافعال في الانفس في نوع ضرورة وهو ان قتل الواحد بطريق الاجتماع غالب وجودا و يظهر من الافراد نادرا وقوعها فقتل الجماعة بالواحد ولو اعتبرنا المماثلة في محل الافعال لادى الى فتح باب العدوان وسد باب القصاص وأية فائدة في شرع القصاص فسقط اعتبار المماثلة في الانفس للضرورة و بقيت المماثلة في الاطراف معتبرة فان الاجتماع على اتلاف الطرف ليس بغالب بل هو نادر وأما حكمه فهو وجوب القصاص والدية والاثم قال محمد رحمه الله تعالى القتل على ثلاثة أوجه عمد وخطأ وشبه عمد فالعمد هو ان يتعمد ضربه بسلاح وما يجرى مجراه مماله حد يقطع و يجرح لان العمد والقصد مما لا يوقف عليه ولكن الضرب با لة جارحة قابلة قاطعة دليل على القتل فيقام مقام العمد ثم آلة القتل على ضربين آلة السلاح وغير السلاح أما السلاح فكل آلة جارحة كالسيف والسكين ونحوهما فيقتل به وهو عمد محض ولو قتله بحديد لاحد له نحو ان يضرب به بعمود أو بصنجة حديد أو نحاس أو صفر فعلى رواية الطحاوى يكون عمدا محضا لان الحديد اذا لم يجرح يكون عمدا لقوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا من حديد والحديد أصل في القتل به وانه منصوص عليه في ايجاب القود به والحكم في المنصوص عليه يتعلق بعين النص لا بالمعنى والنص الوارد في الحديد والسيف يكون واردا فيما هو في معناه في الاستعمال دلالة والنحاس يستعمل منه السلاح كما يستعمل من الحديد فيكون الحكم فيه ثابتا بدلالة النص لا بعينه ولو ضربه بصنجة رصاص لا يكون عمدا لانه لا يستعمل منه استعمال الحديد وهو السلاح وأما غير السلاح كالليطة والمروة والرمح الذى لا سنان فيه ونحوه اذا جرحه فهو عمد محض لانه اذا فرق الاجزاء عمل عمل السيف لانه حصل ما هو المقصود من الحديد بما هو معتاد له فلا تكون شبهة العمد اعتبار قصور الآلة ولهذا قال اذا أحرق رجلا بالنار يقتل به لان النار تفرق الاجزاء وتبعضها وتعمل عمل الحديد وأما شبه العمد وهو القتل با لة لم توضع له ولم يحصل به الموت غالبا مثل السوط الصغير والعصا الصغيرة ونحوه فاما القتل بالعصا الكبير و بكل آلة مثقلة يحصل بها الموت غالبا لكنها غير جارحة قاطعة بل هى مدققة مكسرة وهو شبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهم لما يأتى وأما الخطأ وهو ما لو تعمد شيئا فيصيب آدميا أو يقصده فيظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم ونوع ما هو ملحق بالخطا كالنائم اذا انقلب على انسان فقتله وكذا القتل بطريق التسبب كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق الممر لانه اذا تسبب للقتل صار كالموقع والدافع ولم يقصد القتل هو كالخطأ في الحكم ولا يكون فيما دون النفس شبه العمد لان ما دون النفس لا يختص اتلافه با لة دون آلة بل يختص با لة جارحة قاطعة فاما القتل يختص با لات بعضها جارحة قاطعة و بعضها لا يختلف حكم النفس باختلاف الآلات وأما حكمها فسيأتى ولا يخفى ان القتل على خمسة أوجه عمد وخطأ وشبه عمد وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو ان القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما ان حصل بسلاح أو بغير سلاح وان حصل بسلاح اما ان يكون به قصد القتل أولا فان كان فهو عدوان وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان يكون جاريا مجرى الخطأ أولا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن يكون معه قصد التأديب أو الضرب أولا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن يكون جاريا مجرى الخطأ أولا فان كان فهو الخطأ وان لم يكن فهو القتل بسبب و بهذا الاختصار يعرف تفسير كل واحد منها اهـ أقول فيه خلل أما أولا فلانه جعل القتل خطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شك ان القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانيا فلان قوله وان لم يكن جاريا مجرى الخطا فهو القتل بسبب ليس بتام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطا لا يلزم ان يكون القتل بسبب ألبتة بل يجوز ان يكون القتل بخطأ محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذى ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه وذلك انا استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة أحد هذه الاوجه المذكورة ونقل ما ذكر صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل و بيان والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال

جمهور الشراح انما قيد به لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة أوجه كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله تعالى في كتاب الأيمان الايمان ثلاثة ولم يرد جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله تعالى ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى اه قال قاضيخان أقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر ان شيأ من أنواع القتل لا يخرج عن الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكر من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو بقطع الطريق يكون قتلا عمدا ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطا الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما تكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة عن الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بان أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام للأوجه الخمسة للقتل الامن نفس هذه الاوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشرط ألا ترى انهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع انه له شروط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على الصبي والمجنون أصلا ومنها ان لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا الوقتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها ان لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كل ما في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط الترتيب كل من الاحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكروا من الاحكام من هذه الانواع المذكورة لها بناء على ان انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتيل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فالاظهر ان مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو أحوال بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك قال رحمه الله ﴿موجب القتل عمدا وهو ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الاجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والنار الاثم والقود عينا﴾ أي القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الاثم والقصاص متعين قال السغناقي القتل فعل يضاف الى العباد تزول به الحياة وفي المنتقى ذكر ما يعرف به العمد من غيره قال محمد رجل تعمد أن يضرب يد رجل أو شيأ منه بالسيف فأخطأ فأصاب عنقه وأبان رأسه فهو عمد ولو أراد أن يضرب يد رجل أو شيأ منه بالسيف فأخطأ فأصاب عنق غيره فهو خطأ لانه أصاب غير ما تعمد وفي الاول أصاب ما تعمد لانه قصد اتلاف طرف ذلك الرجل ولو رمى قلنسوة على رأسه فأصاب عنق غيره فهو خطأ وكذلك لو قصد ضرب القلنسوة فأصابه السيف فهو خطأ ولو رمى رجلا فأصاب حائطا ثم رجع السهم فأصاب الرجل فهو خطأ لانه أخطأ في اصابة الحائط ورجوع السهم مبني على اصابة الحائط لا على الرمي السابق لانه آخر السببين والحكم يضاف الى آخر السببين وجودا وقد تخلل بين الرمي والاصابة الاخيرة اصابة الحائط فقطع حكم الاصابة الاخيرة على الرمي السابق ولو لف ثوبا فضرب به رأس انسان فشجه موضحة فهو عمد سواء اقتصر على الشجة أو مات لانه أصاب ما تعمد به وقد عملت الآلام عملها أثرت في الظاهر والباطن جميعا فان مات من غير أن يجرح قال صار خطأ وقال محمد في الديات رجل ضرب رجلا بسيف بغمده فخرق السيف الغمد فقتله قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا قود عليه وقال محمد ان كان الغمد يقتل لو ضرب به وحده يقتل لان الغمد لا يقصد به الا الضرب اذا كان يقتل به وهو قاصد الى القتل وقد أصاب المقتل فوجب القصاص لأبي حنيفة انه أصاب الضرب دون القتل لان الغمد لا يقصد به الا الضرب عادة فصورة الخطا هو أن يصيب خلاف ما قصد وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى رجل ضرب رجلا بابرة أو بشيء يشبه الابرة تعمدا فقتله فلا قود عليه وان ضربه بمسلة أو نحوها فعليه القود لان الابرة مما لا يقصد بها القتل عادة وان كانت الآلة جارحة لان آلة الخياطة دون القتل فاذا تمكنت فيه شبهة عدم العمدية امتنع وجوب ما لا يجامع فاما المسلة فهي آلة جارحة يقصد بها القتل وفي رواية أخرى عنه انه ان غرز بالابرة في المقتل فعليه القود والا فلا لان غرز الابرة في المقتل يقصد به القتل لا التأديب وفي الفتاوى الكبرى ضرب بحديد

او

أوذهب أوفضة أوشبهه أونحاس أورصاص أوصفر فجرحه ومات انه يقتل وان رماه بصنجة ألف درهم فجرحه أولم يجرحه فمات منه قتل ولوضرب بعصا رأسها مضبب بالحديد وقد أصاب الحديد حتى جرحه أوأزهق سائر جسده أوضربه بقفة حديدا أوشبهه أوبقدر حديد فمات منه قتل وهذا كله على قياس ظاهر الرواية على ما بيناه ولوضربه بعصا من خشب فأدمغه أوبحجر غير محدود لا يقتل وان كان محدودا حتى جرحه يقتل وعن أبي حنيفة في المجرد لوألقى رجلا في الماء ثم أخرج وبه رمق فمكث أياما حتى مات يقتل به وان كان يجيء ويذهب حتى مات لم يقتل ولو قمط رجلا وألقاه في البحر فغرق تجب الدية ولو سبح سباحة ثم غرق لا دية عليه لانه غرق بعجزه وفي الاول نظر جيد وفي الفتاوى الكبرى ما يجب القصاص في سببه دون سببه لف ثوبا فضرب به رأس رجل فشجه موضحا وجب القصاص ولو مات لا يجب القصاص ولو مات من ذلك يجب القصاص ٧ وما يجب في سببه ومسببه ان شجه موضحة بحديد فيها قصاص وان مات منها يجب القصاص وعلى عكسه ما لا يجب في سبب ولا في مسببه أن يجرحه بخشبة عظيمة فلا يجب القصاص ولو مات كذلك وفي الاجناس وما ليس بسلاح فيما دون النفس عمد واعترض بان قوله موجب هذا أثر العمد والاثر متأخر وفصل بين المبتدأ وهو قوله موجبه وخبره وهو قوله الاثم باجنبي وهو قوله أن يتعمد الضمير جاز أن يرجع الى المضاف وأن يرجع الى المضاف اليه والضمير اذا احتمل فسد المعنى على أحد الاحتمالين فيتعين الاظهار بان يقول العمد أن يتعمد وعبر بقوله موجبه دون أن يقول حكمه وأثره ليفيد أن صفته الوجوب وقد يجاب بان المقصود الاحكام لا الحقائق فكذا قدم الحكم على التعريف وهذا فصل بغير أجنبي فلا يضر والضمير يرجع الى الاقرب وهو القتل لانه محل للتعمد فلا فساد قوله ضربه أي ضرب المقتول قاله قاضي زاده أقول يرد على المقتول في المنتقى كما نقله في المحيط اذا تعمد أن يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنق ذلك الرجل فابان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان أصاب عنق غيره فهو خطأ ووجه الورود انه لم يتعمد القتل بل تعمد ضرب اليد وجرى عمدا فظهر أن الشرط ولو للقطع لا لتقييد القتل كما قالوا أما اشتراط العمد فلان الجناية لا تتحقق دونها ولا بد منها ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان الحديث وأما اشتراط السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل قد لا يوقف عليه لانه أمر يخفى فاقيم استعمال الآلة القاتلة غالبا مقامه وظاهر هذا انه اذا قتل بهذه الآلة ثم قال لم أقصد قتله لم يقبل منه والمنقول انه لا يقبل منه قال في المجرد قتلت فلانا بسيفي ثم قال انما أردت غيره فاصابته درئ عنه القصاص ولا يخفى عدم الورود لانه قال ضربه لا أن يتعمد قتله لان الشرط تعمد للضرب لا تعمد للقتل بدليل تعمد قطع اليد أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذا رمى شخصا بسهم أوضربه بسيف يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وهذا في نوع الخطا في القصد وكذا اذا رمى عرضا بآلة قاتلة فاصاب آدميا وهذا في نوع الخطا في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك أيضا مع انه ليس بعمد بل هو خطأ محض على مانصوا عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها فيه أيضا لضرب المقتول ٧ لكن الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث انه آدمي لا استعمالها لضربه مطلقا وفي نوع الخطا في القصد لم تحقق الحيثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي فتدبر وذكر قاضيخان انه لا يشترط الجرح في الحديد وما يشبه الحديد من النحاس وغيره في ظاهر الرواية وأما الاثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل المؤثم والقود ٧ لا ينفك عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآية المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا انها تفيد المأثم في قتل الذمي أيضا بدلالة بناء على ثبوت العصمة بين المسلم والذمي نظرا الى التكليف أو الدار كما سيأتي تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يتب والظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب

٧ هكذا النسخ في هذه المواضع ولا يخفى ما فيها من الغموض المستوجب عدم ظهور المراد فليتأمل اهـ مصححه

أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر فى الكتب الكلامية وفى التفاسير أيضا ففى الآية دلالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم فى قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا والا لما لزم من استحلاله الخلود فى النار وأما القود فلقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر الآية الا انه يتقيد بوصف العمد لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود أى موجبه يعنى ان ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطا الا انه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الامة بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أى موجبه قود كذا فى الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفى ماعداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الاية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة اه أقول سؤال ظاهر الورود وينبغى أن يخطر ببال كل ذى فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حول ذكره وأما جوابه فمنظور فيه عندى لجواز أن يكون سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن حكم العمد فقط بان كانت الجناية قتل العمد فصار قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المزبور قال رحمه الله ﴿الا أن يعفوا﴾ يعنى يجب القصاص الا أن يعفو الاولياء فيسقط القصاص بعفوهم ولا يجب شئ هذا اذا كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط ويتعين بالصلح لا بالقتل قال الامام الشافعى رحمه الله تعالى الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولى ولنا ما تلونا ورويناه من قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود فيقتضى ان جنس العمد يوجب القود لا المال ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه وهو لا يجوز والى هذا المعنى أشار ابن عباس رضى الله عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمى صورة ومعنى اذ الآدمى خلق مكرما ليتحمل التكليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى فى الارض والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا له فى حوائجه فلا يصلح جابرا أو قائما مقامه والقصاص يصلح للمماثلة صورة لانه قتل بقود وكذا معنى لان المقصود بالقتل الانتقام والثانى فيه كالاول ولهذا اسمى قصاصا وبه تحصل منفعة الاحياء بكونه زاجرا فلا يكون موجبا للمال ولهذا يضاف ما يوجب من المال فى قتل العمد الى الصلح ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولو كان العمد موجبا للمال لما أضافه الى الصلح والمراد بما روى ثبوت الخيار للولى عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافى رضا الآخر فى غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعناه ان لا يأخذ غير حقه الا برضا المدين وهذا شائع فى الكلام ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى لا تأخذ الا سلمك عند المضى فى العقد ولا تأخذ الا رأس مالك عند التفاسخ خيره ومعلوم أنه لا يأخذ رأس ماله الا برضا الآخر لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهم فاذا كان المراد بالحديث ذلك أو احتمله لا يبقى حجة والذى يدل على ذلك ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال كان القصاص فى بنى اسرائيل ولم تكن الدية فانزل الله هذه الآية كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر الى قوله فمن عفى له من أخيه شئ والعفو فى ان يقبل الدية فى العمد ذلك تخفيف من ربكم فيما كان كتب على من كان قبلكم فاخبر ان بنى اسرائيل لم تكن فيهم دية أى كان ذلك حراما عليهم أخذه عوضا عن الآدمى ويتركوه فخفف الله تعالى عن هذه الامة ونسخ ذلك بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية ونبه النبى صلى الله عليه وسلم عن هذه الجهة بل بينها بقوله من قتل له قتيل فهو بالخيار بين ان يقتص أو يعفو ويأخذ الدية التى أبيحت لهذه الامة وجعل لهم أخذها اذا أعطوها وعن أنس بن مالك ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه الصلاة والسلام حين اختصموا اليه كتب الله القصاص ولم يخير ولو كان المال واجبا به خيرا ذمن وجب له أحد شيئين على الخيار لا يحكم له بأحدهما معينا وانما يحكم بان يختار أيهما شاء والذى يحققه ان الولى ان عفا عن القصاص قبل اختيار القصاص صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح عفوه قبل تعينه واختياره اذ العفو عن الشئ قبل وجوبه باطل فان كان القصاص هو الواجب الاصلى لا ينفرد الولى بالعدول عنه الى المال بدلا عنه لانه معاوضة ولا يجبر أحد على المعاوضة كما فى سائر الحقوق ولهذا لو ترك المولى القصاص بمال آخر غير الدية كالدار ونحوها من الاعيان لا يجبر القاتل على الدفع وان فيه احياء نفسه ولا نسلم ان المضطر الذى ذكره يجبر على الشراء بحيث يدخل فى ملكه من غير رضاه وانما نقول يأثم اذا ترك الشراء مع القدرة عليه ومات وكذا نقول هنا أيضا يأثم ثم اذا لم يخلص نفسه مع القدرة

عليه وقوله والآدمى قد يضمن بالمال كما فى الخطأ قلنا وجوب الضمان فى الخطأ ضرورة صون الدم عن الاهدار باعتبار انه مثل له وهذا لانه لما تعذر العقوبة وهو القصاص لعدم الجناية صير اليه لصون الدم عن الاهدار ولولا ذلك لتخاطط كثير من الناس وأدى الى التفانى ولان النفس محترمة فلا تسقط حرمتها بعذر الخاطئ كما فى المال فيجب المال صيانة لها عن الاهدار ولا يقال وجوب القصاص لا ينافى وجوب المال ولا العدول اليه من غير رضا الجانى ألا ترى ان رجلا لو قطع يد رجل وهى صحيحة ويد القاطع شلاء فالمقطوع يده بالخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء قطع يده الشلاء وكذا لو عفا أحد الاولياء بطل حق الباقين فى القصاص ووجب لهم الدية ولو أنه وجب بالجناية لما وجب بغير رضاهم لانا نقول انما كان لهم ذلك لتعذر استيفاء حقهم كاملا قال رحمه الله ﴿ولا الكفارة﴾ أى لا تجب الكفارة بقتل العمد وقال الشافعى رحمه الله تعالى تجب اعتبارا بالخطأ بل أولى لانها شرعت تمحو الاثم وهو فى العمد أكثر فكان أدعى الى ايجابها ولنا أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد من أن يكون سببها أيضا دائرا بين الحظر والاباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا تناط به كسائر الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل ولهذا لو اشترك رجلان فى قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزاآن والجناية على المحل يستوى فيها العمد والخطأ اه أقول فى الجواب بحث اما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو الكفارة لا تناط بما هو كبيرة محضة لا أصل المدعى وهو أنه لا كفارة فى القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان فى جناية الفعل أو جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوى فيها العمد والخطأ انما يفيد لو ورد السؤال على أصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بان ما قلناه فى جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ثانيا فلانه قد تقرر فى كتب أصول الفقه ان الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم ان لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا ولا يمكن قياسه على الخطأ لانه دونه فى الاثم فشرعه لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان فى قتل العمد وعيدا محكما ولا يمكن ان يقال يرتفع المأثم فيه بالكفارة مع وجود الشدة فى الوعيد بنص قاطع لا شبهة فيه ومن ادعى ذلك كان محكما فيه بلا دليل ولان الكفارة من المقدورات فلا يجوز اثباتها بالقياس على ما عرف فى موضعه ولان قوله تعالى فجزاؤه جهنم الآية كل موجبه اذ هو مذكور فى سياق الجزاء للشرط فتكون الزيادة عليه نسخا ولا يجوز بالرأى قال رحمه الله ﴿وشبهه وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر الاثم والكفارة على القاتل ودية مغلظة على العاقلة لا القود﴾ أى موجب القتل شبه العمد الاثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة ولا يوجب القصاص وقوله وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر أى بغير ما ذكر فى العمد والذى ذكر فى العمد هو المحدد وغيره هو الذى لا حد له من الآلة كالحجر والعصا وكل شئ ليس له حد يفرق الاجزاء وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى شرح الطحاوى شبه العمد عند الامام تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا هو فى معنى السلاح فى تفريق الاجزاء قال محمد ويكون قصده الضرب والتأديب وقالا اذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا ولهما ان معنى العمدية يتقاصر باستعمال آلة لا تقتل غالبا لانه يقصد به التأديب أما التى تقتل غالبا كالسيف فكان عمدا فوجب القود ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام رض بين حجرين رأس يهودى رض رأس صبى بين حجرين وكذا اقتل المرأة التى قتلت امرأة بمسطح وهو عمود الفسطاط ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها وباطلاقه يتناول العصا الكبير والكلام فى مثلها ولان قضية القتل أمر مبطن لا يعرف الا بدليل وهو استعمال الآلة القاتلة على ما بيناه وهذه الآلة لا تصلح دليلا على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا ففقدت العمدية كذلك فصار كالعصا الصغير وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الآلة المحدودة لا يختلف بين الصغير منها والكبير لان الكل صالح للقتل لتخريب البنية ظاهرا أو باطنا فكذا ما لا يوجب القصاص وجب ان يسوى بين الصغير والكبير منه حتى لا يوجب الكل القصاص لانه غير معد للقتل ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهرا وكان فى قصد القتل شك لما فيه من القصور

والقصاص نهاية فى العقوبة فلا يجب مع الشك ومارواه من رض اليهودى يحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم ان اليهودى كان قاطع الطريق اذا قتل بسوط أو عصا أو غيره بأى شئ كان يقتل به حدا و يحتمل انه جعله كقاطع الطريق لكونه ساعيا فى الارض بالفساد فقتله حدا كما يقتل قاطع الطريق فان ذلك جائز أن يلحق به على ماذكرنا في قاطع الطريق وأما حديث المرأة فقال عبيد بن فضيلة عن المغيرة بن شعبة ان امرأتين ضربت احداهما الاخرى بعمود الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما فى بطنها بغرة فقال الاعرابى أغرم من لا طعم ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل ذلك باطل فقال أسجع كسجع الاعرابى وفى رواية قال هذا من اخوان الكهان من أجل سجعه فعلم بذلك ان مارواه غير صحيح والذى يدل على ذلك حمل بن مالك على زعمهم فانهم قالوا قال حمل بن مالك كنت بين امرأتى فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنينها بغرة وان تقتل به هكذا رووه وقال ابن المسيب عن أبى سلمة عن أبى هريرة اقتتلت امرأتان من هذيل فضربت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها ومافى بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها عبد وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها فقال حمل بن مالك بن النابغة يارسول الله أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك باطل فقال عليه الصلاة والسلام هذا من اخوان الكهان وهذا هو المشهور عن حمل ابن مالك فكيف يصح ان يتصور عنه خلاف ذلك ثم لا فرق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بين ان يموت بضربة واحدة و بين ان يوالى عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص واختلفوا على قولهما فى الموالاة وقال الامام الشافعى رحمه الله تعالى يصير عمدا بها فوجب القصاص ولو ألقاه من جبل أو سطح أو غرقه فى الماء أو خنقه حتى مات كان ذلك شبه عمد عنده وعندهما عمد وانما كان آثما فى شبه العمد لانه ارتكب محرما فى دينه قاصدا له وانما وجبت الكفارة به لانه خطأ من وجه فيدخل تحت النص على الخطأ أقول المتبادر من قوله لدخوله تحت الخطأ أن هذه الكفارة انما وجبت فى شبه العمد باعتبار الدخول فان قلت يرد عليه ان تعين الكفارة لدفع الذنب الادنى بالشرع لا يعينها كما قالوا فى العمد اذ لا شك ان شبه العمد أعلى ذنبا من الخطأ المحض فان الجانى فى شبه العمد قد قصد الضرب وفى الخطأ لم يقصد الضرب وقد يجاب بان ذنب شبه العمد دائر بين الادنى والاعلى فالحاقه بالادنى أولى طلبا للتخفيف فلذا وجبت فيه الكفارة وذكر صاحب الهداية ان صاحب الايضاح قال فى الايضاح وجدت فى كتب أصحابنا أن الكفارة فى شبه العمد لا تجب على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فان الاثم كامل وتناهيه يمنع شرع الكفاية لان ذلك من باب التخفيف وجوابه على الظاهر ان يقول انه اثم الضرب لانه قصده لا اثم القتل لانه لم يقصده وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب ألا ترى انها لا تجب بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب وأما وجوب الدية فلما رويناوانما وجبت على العاقلة لانه خطأ من وجه على ما بينا فيكون معذورا فيتحقق التخفيف كذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما فى الخطأ ولهذا أوجبها عمر رضى الله عنه فى ثلاث سنين ويتعلق بهذا القتل حرمان الميراث كالخطأ بل أولى لانه جزاء القتل وهو أولى بالمجازاة لوجود القصد منه الى الفعل فحاصله انه كالخطأ الا فى حق الاثم وصفة التغليظ فى الدية على ماتبين من بعد ان شاء الله قال رحمه الله ﴿والخطأ وهو أن يرمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم أو غرضا فاصاب آدميا وماجرى مجراه كالنائم اذا انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة﴾ قوله وهو أن يرمى شخصا الى آخره تفسير لنفس الخطأ فانه على نوعين خطأ فى القصد وخطأ فى الفعل وقد بين النوعين بقوله وهو أن يرمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم تفسير للخطأ فى القصد لا فى الفعل حيث أصاب مارمى وانما أخطأ فى القصد أى الظن حيث ظن المسلم حربيا والآدمى صيدا وقوله أو غرضا فاصاب آدميا هذا بيان للخطأ فى الفعل دون القصد فيكون معذورا أقول فى عبارة الشارح والمصنف هنا تسامح فانه قال فى تفسير الخطأ فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا الى آخره وقال فى تفسير الخطأ فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل واحد من نوعى الخطأ غير منحصر فيماذكره فى تفسيره بل الذى ذكره فى تفسير كل واحد منهما جزئى من جزئياته فكان أخص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له فكان الظاهر أن يقال فى كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفى الخطأ قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا أو حربيا وفعلا كرميه عرضا فاصاب آدميا اهـ ثم ان صدر الشريعة قال فى شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ فى القصد وخطأ فى الفعل فالخطأ الذى

فى الفعل أن يقصد فعلا فيصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فاخطأ فاصاب غيره هذا هو الخطأ فى الفعل وأما الخطأ فى القصد هو أن لا يكون الخطأ فى الفعل وانما يكون الخطأ فى قصده فان قصد بهذا الفعل حربيا لكن أخطأ فى ذلك القصد وهو الغرض حيث لم يكن قصده اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال الخطأ فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا فاصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه الى ماوراءه فاصاب رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل والشرط المذكور ههنا مفقود فى الصورتين ثم انه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فاذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل ولا قصد فيه اه وقول المؤلف غرضا هذا معطوف على قيد وظاهره أن الرمى معتبر فى الخطأ فى الفعل وليس كذلك فانه لو سقط منه خشبة أو لبنة فقتل رجلا هذا خطأ فى الفعل ولا رمى وقوله كنائم انقلب على رجل تفسير لما جرى مجرى الخطأ لان هذا ليس بخطأ حقيقة ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل فجعله كالخطأ لانه محذور كالمخطئ وانما كان حكم المخطئ ما ذكره لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وقد قضى به عمر رضى الله تعالى عنه فى ثلاث سنين بمحضر من الصحابة من غير نكير فصار اجماعا قال رحمه الله ﴿والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة﴾ أى موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة أما وجوب الدية فلانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر فجعل كالدافع الملقى فيه فتجب فيه الدية صيانة للانفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه كما فى الخطأ بل أولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا تجب الكفارة فيه وفى الاصل لو كان على دابة فوطئ دابته انسان فقتله وفى الينابيع أو سقط من سطح على انسان فقتله هذا كله قتل خطأ ومباشرة وفى شرح الطحاوى والكفارة تحرير رقبة فى حق القادر وصيام شهرين متتابعين فى حق غير القادر ولو أفطر يوما يجب الاستئناف ولا يجوز الابنية من الليل ولا اطعام فيه فتعتبر القدرة وقت الاداء لا وقت الوجوب اه قال رحمه الله ﴿والكل يوجب حرمان الارث الا هذا﴾ أى كل نوع من أنواع القتل التى تقدم من عمد وشبهه وخطأ وما أجرى مجراه يوجب حرمان الارث الا القتل بسبب فانه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعى هو ملحق بالخطأ فى أحكامه قال رحمه الله ﴿وشبه العمد فى النفس عمد فيما سواها﴾ لان اتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بينا والذى يدلك على هذا ما روى عن أنس بن مالك ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا اليهم العفو فابوا والارش فابوا الا القصاص واختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا القصاص فقال أنس بن النضر أتكسر ثنية الربيع والذى بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها فقال النبى صلى الله عليه وسلم يا أنس كتاب الله القصاص فرضى القوم فعفوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره ووجه دلالته على ما نحن فيه اننا علمنا أن اللطمة لو أتت على النفس لا توجب القصاص ورأيناها فيما دون النفس قد أوجبته بحكمه عليه الصلاة والسلام فثبت بذلك أن ما كان من النفس شبه عمد فهو عمد فيما دونها ولا يتصور أن يكون شبه عمد والله أعلم

﴿باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه﴾

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع فى تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه فى باب على حدة قال رحمه الله ﴿يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمدا﴾ لما بينا وشرط أن يكون المقتول محقون الدم على التأبيد ليدفع شبه الاباحة عنه لان القصاص نهاية فى العقوبة فيستدعى الكمال فى الجناية فلا يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستأمن فانه غير محقون الدم على التأبيد قال فى العناية وفيه البحث من أوجه الاول أن العفو مندوب اليه وذلك ينافى وصف القصاص بالوجوب الثانى ان حقن الدم على التأبيد غير متصور لان غاية ما يتصور منه أن يكون المسلم فى دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى الثالث انه منقوض بمسلم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التأبيد لثبوت المساواة واذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص ولا مساواة والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثانى أن المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا يعتبر ورجوع الحربى أصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب لشبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وفى الكافى

القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد وليس بينهما شبهة الملك ولا شبهة الحرية يعنى به ليس المقتول بولده ولا هو عبده ولا له عليه شئ من الرق و يقتل فان كان القاتل سليما والمقتول به مغمى عليه أو مبرسما أو مقطوعا أو أعمى أو مقطوع الجوارح أو أشل الجوارح أو كان صبيا أو مجنونا فانه يقتل به وفى العيون ضرب رجلا بسيف فى غمده فخرق السيف الغمد وقتله قال أبو حنيفة لا قصاص عليه وقال محمد ان كان الغمد لو ضرب به وحده قتل قتل به وفى الكبرى والفتوى على قول أبى حنيفة قال محمد فى الجامع الصغير اذا حمى التنور فالقى فيها انسانا أو ألقاه فيما لا يستطيع الخروج منه فاحرقته النار يجب القصاص فوضع المسئلة يصير الى أن الاحماء يكفى وان لم يكن فيه نار قال البقالى فى فتاواه هو الصحيح وفى البقالى اذا ألقاه فى النار ثم أخرجه و به رمق فبقى أياما يضامن ذلك حتى مات قتل به وان كان يجىء و يذهب وفى الخانية فمكث أياما لم يزل صاحب فراش وان كان يجىء و يذهب فلا وفى الجامع الصغير أيضا وذكر شيخ الاسلام فى شرح ديات الاصل ان غرق انسانا بالماء ان كان الماء قليلا لا يقتل منه غالبا و يرجى منه النجاة فى الغالب فمات من ذلك فهو خطأ العمد عندهم جميعا فاما اذا كان الماء عظيما ان كان بحيث يمكنه النجاة منه بالسباحة بان كان غير مشدود ولا مثقل وهو يحسن السباحة فمات فانه يكون خطأ العمد وان كان بحيث لا يمكنه النجاة فعلى قول أبى حنيفة هو خطأ العمد فلا قصاص وعلى قولهما هو عمد محض و يجب القصاص وفى الخانية ولو ألقاه فى الماء فغرق من ساعته لا قصاص فيه فى قول أبى حنيفة وفى قول صاحبيه يجب القصاص وفى المنتقى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رمى رجلا من سفينة فى بحر أو فى دجلة أو غرق كما وقع فعلى عاقلته الدية وان كان حين ألقاه سبح ساعة ثم غرق فلا دية فيه ولو ألقاه من سطح أو جبل أو ألقاه فى بئر فعلى قول أبى حنيفة هذا خطأ العمد وأما على قولهما ان كان موضعا يرجى منه النجاة غالبا فهو خطأ وان كان لا ترجى منه النجاة غالبا فهو عمد محض يجب القصاص به عندهما وفى الخلاصة لو جرح رجلا جراحة لا يتوهم معها النجاة وجرحه آخر جراحة أخرى فالقاتل هو الذى جرحه جراحة لا يتوهم معها النجاة هذا اذا كانت الجراحتان متعاقبتين فان كانتا معا وكلاهما قاتلة يقتلان به وكذلك لو جرح رجلا جراحتين والآخر جراحة واحدة كلا منها قاتلة واذا خنق رجلا حتى مات فعلى قول أبى حنيفة لا قصاص عليه ولكن ان اعتاد ذلك فالامام يقتله حدا وهو نظير الساحر اذا تاب وأما على قولهما ان دام على الخنق حتى مات فعليه القصاص كما لو قتله بحجر عظيم أو خشبة عظيمة وان كان ترك الخنق قبل الموت ثم مات بعد ذلك فانه ينظر ان دام على الخنق مقدار الا يموت الانسان منه غالبا فلا قصاص وفى الظهيرية ولو قمط رجلا ثم اغلى له ماء فى قدر يسخنه حتى صار كانه نار وألقاه فى الماء فسلخ فمات قتل به وان كان الماء حارا لا يغلى غليا شديدا فالقاه فيه ثم مكث ساعة ثم مات وقد سقط جلده قتل به والا فلا وان هو أخرج من القدر فى هذه الوجوه وقد انسلخ فمات من ساعته أو يومه او مكث أياما يخاف عليه من ذلك قتل به وان عاش حتى يجىء و يذهب ومات من ذلك لم يقتل وعليه الدية وهذا قياس قول أبى حنيفة ولو ألقاه فى ماء بارد فى يوم شات فمات ساعة ألقاه فعليه الدية وكذلك لو أخذه فجعله فى سطح فى يوم شديد البرد فلم يزل حتى مات من البرد وكذلك لو قمطه فجعله فى الثلج ولو ان رجلا قمط رجلا أو صبيا ثم وضعه فى الشمس فلم يخلص حتى مات من حر الشمس فعليه الدية ولو ان رجلا أدخل رجلا فى بيت وأدخل معه سبعا وأغلق عليه الباب وأخذ الرجل السبع فقتله لم يقتل به ولا شئ عليه وكذا لو نهشته حية أو لسعته عقرب وكذا لو قمط صبيا فالقاه فى الشمس أو فى يوم بارد حتى مات على عاقلته الدية ولو ضرب انسانا ضربة لا أثر لها فى نفس لا يضمن شيأ نص الامام السرخسى وفى مجموع النوازل رجل صاح بآخر فجأة فمات من صيحته تجب فيه الدية ولو سلخ جلد وجهه ففيه الدية واذا سقى رجلا سما فمات من ذلك فهو على ثلاثة أوجه اما ان يكون أوجره على كره أو أكرهه على شربه حتى شرب أو ناوله وشربه من غير ان يكرهه عليه فان أوجره ايجارا أو ناوله وأكرهه على شربه حتى شرب فلا قصاص وعلى عاقلته الدية وفى الذخيرة ذكر المسئلة فى الاصل مطلقا من غير خلاف ولم يفصل بين ما اذا كان مقدارا يقتل مثله غالبا أو لا يقتل وهذا الجواب لا يشكل على قول أبى حنيفة وذلك لان القتل حصل بحال لا يجرح لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار فكان خطا العمد على مذهبه وأما على قول أبى يوسف ومحمد فمن مشايخنا من قال الجواب عندهما على التفصيل ان كان ما أوجره من السم مقدار ما يقتل مثله غالبا كان عمدا محضا وان كان قدرا لا يقتل مثله غالبا فانه يكون خطا العمد ومن مشايخنا من قال بانه على قولهم جميعا يكون خطا

العمد

العمد سواء كان مما يقتل مثله غالبا أولا يقتل وكان كمن أوجر رجلا سقمونيا لا تحتمله النفوس فمات لا يكون عمدا محضا واذا تناوله فشرب من غيران أكره لم يكن عليه قصاص ولا دية سواء علم الشارب بكونه سما أو لم يعلم وفى الخانية لا قصاص عليه ولا دية لانه شرب باختياره الا ان الدافع خدعه فلا يجب عليه الا التعزير والاستغفار ومن دفع سكينا الى رجل فقتل به نفسه لم يكن على الدافع شئ وفى فتاوى الخلاصة ادخل نائما أو مغمى عليه أو صبيا فى بيته فسقط عليه البيت ضمن فى الصبى والمعتوه دون النائم وان أدخل انسانا فى بيت حتى مات جوعا أو عطشا لا يضمن شيأ عند أبى حنيفة وعندهما تجب الدية وفى الكبرى اذا طين على آخر بيتا حتى مات جوعا أو عطشا لم يضمن شيأ فى قول أبى حنيفة وقالا عليه الدية وفى الخانية قال محمد يعاقب الرجل وعلى عاقلته الدية وفى الظهيرية ولو ان رجلا أخذ رجلا فقيده وحبسه حتى مات جوعا قال محمد أوجعه عقوبة والدية على عاقلته والفتوى على قول أبى حنيفة انه لا شئ عليه وفى المنتقى سئل محمد عن رجل ألقى رجلا حيا فى قبر ومات قال فيه دية وفى الذخيرة يقاد فيه لانه قتله عمدا وفى الكبرى ولو ألقاه حيا فى قبر يقتل به لانه قتله عمدا وهذا قول محمد والفتوى انه على عاقلته الدية وفى الظهيرية والفتوى على قول أبى حنيفة وفى المجرد روى الحسن ابن زياد عن أبى حنيفة فلان قتله بحديدة أو قال بالسيف ثم قال انما أردت غيره فاصابته درئ عنه القتل وفى المنتقى اذا قال الرجل قتلنا فلانا بأسيافنا متعمدين ثم قال كان معى غيرى لم يصدق وقتل به ولو قال قتلت فلانا متعمدا بحديدة فلما أخذ بذلك قال كنت يومئذ غلاما لم يصدق وقتل به ولو قال ضربت فلانا بالسيف متعمدا ثم قال لا أدرى مات منها أم لا ولكنه مات وقال الولى مات من ضربتك فالقول قول القاتل وعليه نصف الدية وفى المنتقى اذا قطع حلقوم الرجل وبقى شئ قليل من الحلقوم وفيه الروح فقتله رجل آخر فلا قود عليه لان هذا ميت ولو مات ابنه بعد ذلك وهو على تلك الحالة ورثه ابنه ولم يرث هو من ابنه وفى الظهيرية رجل نائم وهو صحيح البدن فذبحه انسان وقال ذبحته وهو ميت فانه يقتل به قياسا وفى الاستحسان تجب الدية ولو شق بطن رجل وخرج امعاؤه كلها وسقطت على الارض الا انه صحيح بعد فقتله رجل فلا قود عليه وفى الخانية رجل عدا على رجل فشق بطنه وأخرج امعاءه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمدا فالقاتل هو الذى ضرب العنق عمدا وان كان خطأ تجب الدية وعلى الذى شق البطن ثلث الدية وان كان نفذ الى الجانب الآخر يجب ثلثا الدية لانهما جائفتان فى كل منهما ثلث الدية هذا اذا كان مما يعيش بعد الشق يوما أو بعض يوم فان كان الشق بحال لا يتوهم معه وجود الحياة ولم يبق معه الا اضطراب الموت فالقاتل هو الذى شق البطن فيقتص فى العمد وتجب الدية فى الخطأ ولو قتل رجلا وهو فى النزع قتل القاتل به وان كان يعلم انه لا يعيش وسيأتى شئ من هذا الجنس وفى فصل متفرقات الاسبيجابى اذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فان كان عمدا فعليه القصاص وفى الجناية رجل جرح رجلا جراحة وآخر جراحة عمدا ثم صالح المجروح أحدهما عن الجرح وما يحدث منه على مال ثم مات منهما جميعا عليه نصف الدية لوليه قال رحمه الله ﴿ويقتل الحر بالحر وبالعبد﴾ وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا يقتضى مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة أن لا يقتل الحر بالعبد ولان القصاص يقتضى المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية أمارة العجز ولنا العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولا يعارض بما تلى لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا يحمل على المقيد على ان مقابلة الحر بالحر لا تنافى الحر بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر لبعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقى ألا ترى انه قابل الانثى بالانثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والامة وفائدة هذه المقابلة فى الآية على ما قال ابن عباس رضى الله عنهما كانت بين النضير وبنى قريظة مقابلة وكان بنو قريظة أقل منهم عددا وكان بنو النضير أشرف عندهم فتراضوا على ان العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة فانزل الله تعالى الآية ردا عليهم وبيانا على ان الجنس يقتل بجنسه على اختلاف مواضعهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولانهما مستويان فى العصمة اذ هى بالدين عنده وبالدار عندنا وهى المعتبرة فيجرى القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة فى غير العصمة فى النفس لما جرى القصاص بين الذكر والانثى والقصاص يجب باعتبار انه آدمى ولم يدخل فى الملك من هذا الوجه بل هو مبقى على أصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان مالا لما قتل وكذلك عجزه وموته وبقاء أثر كفره حكمى

فلا يؤثر ذلك فى سقوط العصمة ولا يؤثر شبهة ولو أورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض ووجوب القصاص فى الاطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان بعد المساواة فى العصمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء وفى النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن والمفلوج ولا مساواة بين أطراف الحر والعبد الا فى العصمة فظهر أن أثر الرق فيما دون النفس لما ان العبد من حيث النفس آدمى مكلف خلق معصوما قال رحمه الله ﴿والمسلم بالذمى﴾ يعنى يقتل المسلم بالذمى وقال الشافعى لا يقتل به لما أخرجه على بن أبى طالب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد فى عهده الحديث ولنا ما تلونا من كتاب الله وما روينا من السنة فانه باطلاقه يتناوله وقد صح عن عبد الرحمن بن سلمة ومحمد بن المنكدر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه فقال أنا أولى من وفى بذمته والقصاص يعتمد العصمة على ما ينافى العبد وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف ولان شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بدفع أسباب الهلاك عنه وذلك بان يكون محرم التعرض ولا نسلم ان الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب ألا ترى ان من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفانى وقد اندفع الحراب بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهة ولهذا يقتل الذمى بالذمى ولو كان فى عصمته خلل لما قتل الذمى بالذمى كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن وقد قال على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وذلك بان تكون معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمى ولو كانت فى عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع فى سرقة مال المستأمن لان المال تبع للنفس وأمر المال أهون من النفس فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل بقتله لان أمر النفس أعظم من المال ألا ترى ان العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا والذى يدل على ما قلنا ان الذمى لو قتل ذميا ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل قتل به فعلم أن المراد به الحربى اذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمى ولا يقال معناه لا يقتل ذو عهد مطلقا أى لا يحل قتله فيكون ابتداء كلام لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين أحدهما ان ذا عهد مفرد وقد عطف على جملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو أو يقال قتل زيد بعمرو وخالد أى كلاهما قام أو قتل ولا يجوز أن يقدر له خبر آخر والظاهر ان المعنى يأبى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفى القتل قصاصا لا نفى مطلق القتل فكذا الثانى تحقيقا للعطف اذ لا يجوز ذلك ألبتة فى المفرد ألا ترى الى قوله تعالى وما يستوى الاعمى والبصير ان المنفى الاستواء فى البصر والعمى لا فى كل وصف ولهذا أجرى القصاص بينهما لاستوائهما فى العصمة وكذا نقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الاوصاف الناقصة كالشلل والانوثة ولا نسلم ان كفره مبيح للقتل بل حرابه هو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف ما ذكر من الملك والاخت من الرضاع فانه مبيح للوطء وانما امتنع فى الاخت المذكورة بعارض فاورث شبهة قال رحمه الله ﴿ولا يقتلان بمستأمن﴾ أى لا يقتل المسلم ولا الذمى بحربى داخل دارنا بامان لان دمه ليس بمحقون على التأبيد فانعدمت المساواة وكذا كفره باعث على الحراب لقصده الرجوع الى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح قال رحمه الله ﴿والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وناقص الاطراف وبالمجنون﴾ يعنى يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله ويقتل الحر بالحر الخ لا على ما يليه من قوله ولا يقتلان بمستأمن وانما جرى القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم فى العصمة والمساواة فيما هى المعتبرة فى هذا الباب ولو اعتبرت فيما وراءها لانسد باب القصاص ولظهرت الفتن قال رحمه الله ﴿والولد بالوالد﴾ لما تلونا ورويناه من العمومات ولما ذكرنا من المعانى قال رحمه الله ﴿ولا يقتل الرجل بالولد﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولان الوالد لا يقتل ولده غالبا لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة فى سقوط القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة بولده لانه سبب لاحيائه فمن المحال أن يكون الولد سببا لافنائه ولهذا لا يقتله اذا وجده فى صف المشركين مقاتلا أو زانيا وهو محصن وهذا لان القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافه ولو قتل به كان القاتل هو الابن نيابة وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرجم أجيب بان الرجم حق الله على الخصوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب أن يحد اذا زنى بجارية ابنه لانا نقول ثبت له حق الملك بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك قال رحمه الله ﴿والام والجد والجدة كالاب﴾ سواء كان من جهة الاب أو من جهة الام لانه جزؤهم فالنص الوارد فى الاب يكون

واردافيهم دلالة فكانت الشبهة شاملة للجميع فى جميع صور القتل وقال مالك رحمه الله تعالى ان قتله ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال انه قصد تاديبه وان كان ذبحه ذبحا فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تأويل بل جناية الاب أغلظ لان فيه قطع الرحم فصار كمن زنى بابنته حيث يرجم كما لو زنى بالاجنبية والحجة عليه ما روينا وما بينا وليس هذا كالزنا ببنته لان الاب لوفور شفقته يجتنب ما يضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم أن يقصد قتل ولده فان وجد ما يدل على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا يتغير بذلك القواعد الشرعية ألا ترى ان السفر لما كان فيه المشقة غالبا كان له ان يترخص برخصة المسافرين فلا يتغير ذلك بما يتفق فيه لبعضهم من الراحة ولا كذلك الزنا قال رحمه الله ﴿و بعبده ومدبره ومكاتبه و بعبد ولده و بعبد ملك بعضه﴾ يعنى لا يقتل بهؤلاء لما روينا ولانه لو وجب القصاص لوجب له كما اذا قتله غيره ولا يجوز له ان يوجب على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه لما بينا والقصاص لا يتجزأ فيسقط فى البعض لاجل انه ملك البعض فيسقط فى الكل لعدم التجزئ قال رحمه الله تعالى ﴿وان ورث قصاصا على أبيه سقط﴾ لما ذكرنا ان الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه وصورة المسئلة فيما اذا قتل الاب أخا امرأته ثم ماتت امرأته قبل ان يقتص به فان ابنه يرث القصاص الذى لها على أبيه فيسقط لما ذكرنا كما اذا قتل امرأته وليس لها ابن الا ابنها منه فيسقط القصاص قال رحمه الله ﴿وانما يقتص بالسيف﴾ وقال الشافعى رحمه الله تعالى يقتص بمثل ما قتل ان قتله بفعل مشروع وان قتله بغير فعل مشروع كاللواطة يتخذ له خشبة و يفعل به كما فعل ولنا ما رواه سفيان من قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف وهو نص على نفى استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور انه يدل كلام واحد على نفى شئ واثباته معا والحق ان يكون المراد بالسيف فى الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافى والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضى الله تعالى عنهم وقال فى النهاية فان قيل يحتمل ان يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا ان يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء اهـ وما رواه كان مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة أو يكون اليهودى ساعيا فى الارض بالفساد فيقتل كما يراه الامام ليكون أردع وهذا هو الظاهر ولان اليهودى كان أخذ المال ألا ترى الى ما روى فى الخبر عن أنس بن مالك انه قال عدا يهودى على جارية فاخذها بما معها الحديث وهذا شأن قطاع الطريق وهذا يقتل بأى شاء الامام و يؤيد هذا المعنى ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودى بخلاف ما كان قتل به الجارية والاستيفاء اما أن يكون بحكم الارث أو الملك أو بحكم السلطنة والولاية والمستحق للقصاص والدية الورثة مثل ما تستحق ماله على فرائض الله تعالى يدخل فى ذلك الزوج والزوجة والوارث يقوم مقام المورث فى استحقاق كل ما كان له من الاملاك والحقوق الا ان الدية تجب حقا للميت ابتداء حتى نقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم تثبت للورثة بطريق الخلافة والوراثة عند أبى حنيفة رضى الله عنه حتى لو أقام واحد من الورثة البينة على القصاص لا يملك ان يقتص وحده ولا ينفرد أحدهم بالاستيفاء اذا كانوا كبارا حتى يجتمعوا الا انا لو أطلقنا للبعض الاستيفاء مع غيبة الباقين يؤدى الى ابطال حق الباقين فى الاستيفاء وكذلك ليس للسلطان استيفاؤه مع الكبير عنده خلافا لهما حجتهم ان ملك القصاص ثابت فى المحل للكل بدليل انهم يملكون الاعتياض والعفو عنه و يستوفى بحكم الملك عن الاختيار ولو مات أحدهم يورث نصيبه وهذه فوائد الملك وثمراته وملك الصغير معصوم محترم وأثر العصمة ان لا يقدر أحد على ابطاله الا بعوض له اذا استيفاؤه مجلا منجزا يكون منتظما دافعا للمفسدة وهى صون القود وحفظه عن نظيره فالفوات اليها اما بجهة الغيبة أو بجهة الموت فان مدة الصبا مدة مديدة والموت فى هذه المدة المديدة غير نادر وتغيب القاتل نفسه على وجه لا يطلع أحد عليه مخافة على نفسه غالب وليس بنادر قال رحمه الله ﴿مكاتب قتل عمدا وترك وفاء ووارثه سيده فقط أو لم يترك وفاء وله وارث يقتص﴾ أما الاول وهو ما اذا ترك وفاء ولا وارث له سوى المولى فالمذكور هنا هو قولهما وعن محمد رحمه الله تعالى لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق قد اختلف ولان المولى يستحقه بالولاية بأن مات حرا أو بالملك ان مات عبدا فاشتبه الحال فلا يستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط أصلا كما اذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره

بعني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لايحل له وطؤها لاختلاف الحكم ولهما ان المولى هو المستحق للقصاص على التقدير ين بيقين وهو معلوم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين ولا يدرى بايهما يحكم فلا يثبت الحل بدون تعيين السبب وأما الثانى وهو ما اذا لم يترك وفاء وله وارث غير المولى فلانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته لاعن وفاء فظهر انه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص للمولى بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء له حيث لايجب القصاص لان العتق فى البعض لايفسخ بموته عاجزا ولان الاختلاف فى انه يعتق كله أو بعضه ظاهر فاشبه المستحق فاورث ذلك شبهة كالمكاتب اذا قتل عن وفاء أقول فيه نظر لانه قدمر من قبل ان أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذى لايفضى الى منازعة ولا الى الاختلاف الحكم لايبالى وبه لهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبى حنيفة فى مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بان المولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاية وفى بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين ولا افضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى الاختلاف فى الحكم فمن أين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم أقول لعل المراد بقولهم بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء فاما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالف هذه المسئلة فى حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الى آخره فحينئذ يصح تتميم ما حمله المصنف فى تعليله بقوله لان العتق فى البعض لاينفسخ بالعجز بان يقال فالمولى يستحق القصاص فى البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه فى البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالى باختلافهما للافضاء الى المنازعة تأمل تقف واشتراط الوارث وقع اتفاقا فانه اذا لم يكن له وارث أيضا الحكم كذلك لموته رقيقا وذكر ذلك لينبه على انه لافرق بين ان يكون له وارث أولم يكن بخلاف المسئلة الاولى قال رحمه الله ﴿وان ترك وفاء ووارثا لا﴾ أى لايقتص وهذا بالاجماع وان اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال على وابن مسعود رضى الله عنهما فالقصاص للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضى الله عنه فالقصاص للمولى قال ابن قاضى زاده على عبارة الهداية أقول أطلق الوارث ههنا ولم يقيده بالحر وقيده فى الصورة الآتية حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وكان الاولى ان يعكس الامر فانه اذا كان الوارث ههنا رقيقا فالظاهر أنه يجب القصاص للمولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف لكون حق الاستيفاء للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص فلم يشتبه من له الحق ههنا وأما اذا كانت الورثة أرقاء فى الصورة السابقة فيجب القصاص للمولى وحده فى قولهم جميعا كما اذا كانت ورثته احرارا الا انه مات عبدا فى تلك الصورة والتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم فى الارقاء خلاف ذلك على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا فى الروايات كما صرحوا به فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق أحد الامور الاربعة التى تمنع عن الارث كما تقرر فى علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل لاوجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا قلت المراد بالوارث هنا من كان من شأنه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق لامن يرث بالفعل فيحتمل التقييد بالحرية والا يلزم ان لا يتم تقييد الورثة بالاحرار فى الصورة الآتية أيضا مع انها قيدت بها فى الكتاب بل فى أصل الجامع الصغير للامام الربانى قال رحمه الله ﴿وان قتل عبد الرهن لايقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن﴾ لان الراهن لايليه لما فيه من ابطاله حق المرتهن فى الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن فى الدين لهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن أن يستوفى تصرفا يؤدى الى بطلان حق الغير وذكر فى العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام انه لا يثبت لهما القصاص وان اجتمعا فجعلاه كالمكاتب الذى ترك وفاء ووارثا ولكن الفرق بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص لانه لاملك له ولا وفاء فلا يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا وفى العيون العبد المرهون اذا قتل عمدا فان اجتمعا على القصاص فلهما ان يقتصا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ويكون المستوفى هو الراهن وقال محمد وزفر لا قصاص وعلى القاتل القيمة وفى الينابيع روى هشام عن أبى حنيفة وأبى يوسف انه يؤخذ من القاتل قيمته ويكون رهنا مكانه وروى ابن الوليد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انهما اذا تفقا على القصاص وقيمته أقل من الدين أو مثله فلهما ذلك وان اختلفا فلهما قيمته وتكون رهنا مكانه ثم على قول أبى يوسف اذا اجتمعا على القصاص سقط الدين عن المرتهن فى الرواية الظاهرة وان اجتمعا على أخذ القيمة يرجع المرتهن على الراهن بدينه كالعبد الموصى بخدمته ولو قال المؤلف وان قتل عبد فيه حقان تامان لايقتص حتى يجتمعا لكان أولى وأخصر أما

كونه أولى فلانه يشمل العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر وغيره وقولنا حقان ليفيد انه اذا كانا مالكين فلا بد من اجتماعهما وكونه أخصر أظهر وقولنا تامان ليخرج العبد المبيع المقتول قبل القبض كما سيأتي وفي فتاوى الفضلي الموصى به اذا قبل قبل ان يقبل الموصى له الوصية فلا قصاص للوارث ولا للموصى له ان اتفقا انه مات قبل قبول الموصى له ثم بعد ذلك ينظر ان قبل الموصى الوصية رجع على القاتل بقيمته ولا ترجع الورثة بذلك والموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر اذا قتل عمدا فلا قصاص فيه الا ان يجتمعا وفي الكبرى ان اتفقا بطل حق صاحب الخدمة ويستوفيه صاحب الرقبة وان لم يرض صاحب الخدمة فانه تجب القيمة على القاتل ويشترى بها عبدا آخر ويكون حاله مثل حال الاول وفي القدوري قال أبو يوسف العبد الممهور اذا قتل قبل قبض المرأة وبدل الخلع اذا قتل قبل قبض الزوج وبدل الصلح عن دم العمد اذا قتل في يد الغاصب عمدا فان شاء المالك اقتص من القاتل وان شاء ضمن الغاصب قيمة عبده ثم يرجع الغاصب على القاتل وان قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري ان أجاز البيع لانه المالك وان نقض فللبائع لان البيع ارتفع وظهر انه المالك وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي العيون وفي فتاوى الفضلي العبد المبيع اذا قتل قبل القبض عمدا يخير المشتري بين المضي والرد فان اختار المضي فله ان يقتص ولكن لا يكون له الاستيفاء الا بعد نقد الثمن فقد جوزوا اجازة البيع بعد الموت هنا ولو رد المشتري المبيع للبائع ان يقتص في قول أبي حنيفة واذا أدى الثمن قال أبو يوسف لا يقتص البائع وعند محمد تجب القيمة في الوجهين لاشتباه المستحق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رجل قطع يد عبد رجل أو شجه رجل ثم ان المولى باعه ثم رد عليه بعيب بقضاء قاض أو وهبه المولى من انسان ثم رجع في الهبة بقضاء أو بغيره ثم مات العبد من الجناية فان مولى العبد يرجع على الجاني بجميع قيمته وفي نوادر بشر عن أبي يوسف لو أن أمة قطعت يدها خطأ وباعها المولى من انسان على انه بالخيار وردت على المولى فماتت عنده من القطع فعلى القاطع قيمتها تامة وان كان القطع عمدا درأت القصاص استحسانا وفي نوادر داود بن رشيد عن محمد عبد قطع رجل يده ثم مات ثم اختلف القاطع والمولى في قيمته يوم القطع فقال القاطع كانت قيمته يوم القطع ألفي درهم فالقول قول القاطع فان غرم ذلك أو لم يغرم حتى تلفت اليد ومات فعلى قاطع اليد وعاقلته الدية وأما النفس فلا يصدق واحد منهما عليها فيغرم القاتل قيمة النفس يوم تلفت ويكون على العاقلة ألف وخمسمائة منها ارش اليد رجل فقأ عيني عبد وقطع الآخر رجله أو يده فبرئ وكانت الجناية عنهما معا فعليهما قيمته أثلاثا ويأخذان العبد فيكون بينهما على قدر ذلك وكذلك لو كانت جراحة من اثنين معا جراحة هذا في عضو وجراحة هذا في عضو يستغرق ذلك القيمة كلها فانه يدفعه اليهما ويغرمان القيمة على قدر أرش جنايتهما ويكون بينهما على ذلك وان مات منهما والجناية خطأ فعلى كل واحد منهما ارش جراحته على حدة من قيمة عبد صحيح ومابقي من النفس عليهما نصفان وان علم أن احدى الجراحتين قبل الاخرى وقد مات منهما فعلى الجارح الاول أرش جراحته من قيمته صحيحا وعلى الجارح الثاني أرش جراحته من قيمته مجروحا الجراحة الاولى ومابقي من قيمته فعليهما نصفان وان برئ منهما والجراحة الاخرى تستغرق القيمة والاولى تستغرق القيمة فعلى الاول ارش جراحته وعلى الثاني ارش جراحته وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رجل حمل على عبد رجل مختوما ورجل آخر حمل عليه مختومين وكان بغير اذن المولى فمات من ذلك كله فعلى صاحب المختوم ثلث القيمة وعلى صاحب المختومين ثلثا القيمة وهو قول أبي حنيفة وفي نوادر هشام عن أبي يوسف رجل قتل رجلا فجاء رجل وادعى انه عبده وأقام البينة وشهدوا انه كان عبده فاعتقه وهو حر اليوم فان كان له وارث قضى لوارثه بالقصاص في العمد وبالدية في الخطا وان لم يكن له وارث فلمولاه قيمته في الخطا والعمد وفي الذخيرة عبد مقطوع اليد جاء انسان وقطع رجله ان قطع من هذا الجانب فعلى القاطع نقصان قيمة العبد المقطوعة يده وان قطعها من الجانب الآخر فعليه نصف قيمة العبد المقطوع يده وفي مختصر الكافي وعلى هذا البائع اذا قطع يد العبد المبيع قبل التسليم الى المشتري فيسقط نصف الثمن ولو كان العبد مقطوع اليد فقطع البائع يده الثانية قبل التسليم يغرم النقصان ويسقط من المشتري بقدره من الثمن حتى لو انتقض ثلث اسقط ثلث الثمن وكذلك لو كان مكان قطع اليد فقء العين وفي الظهيرية ولو كان العبد مقطوع اليد فقطع انسان يده الاخرى كان على قاطع اليد الثانية نقصان قيمته مقطوع اليد قال رحمه الله ﴿ولابي المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه﴾ يعني اذا قتل رجل قريبا للمعتوه فلولي المعتوه استيفاء القصاص وله أن يصالح لان له تمام الشفقة والرأفة وله ولاية على المعتوه فقام مقامه ولان في الصلح منفعة المعتوه قال جمهور الشراح هذا اذا صالحا على مثل الدية أما اذا صالحا على أقل من الدية

لم يجز و يجب كمال الدية ولنافيه نظر لان لفظ محمد فى الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبى المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغى أن يجوز الصلح على أقل من الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل بالقليل والكثير ألا ترى ان الكرخى قال فى مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص فى نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو ارش الجراحة أو أكثر الى هنا لفظ صاحب العناية أقول نظره ساقط جدا فان لاصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة فى مسائل الفقه والله تعالى أعلم أما القتل فلان القصاص شرع للتشفى ودرك الثار وكل ذلك راجع الى النفس بولايته ولاية على نفسه فيليه كالانكاح بخلاف الاخ وأمثاله حيث لا يكون لهم استيفاء قصاص وجب للمعتوه لان الاب لوفور شفقته جعل له التشفى الحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضررا على نفسه وأما العفو فلا يصح لانه ابطال لحقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما بيناه والوصى كالاب فى جميع ما ذكرنا الا فى القتل فانه لا يقتل لان القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه و يدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف اذا لم يسر القود فى النفس وذكر فى كتاب الصلح ان الوصى لا يملك الصلح فى النفس لانه فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء وجه المذكور هنا وهو المذكور فى الجامع الصغير ان المقصود من الصلح المال والوصى يتولى التصرف فيه كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان القصد التشفى وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه فى النفس لان المقصود متحد وهو التشفى وفى الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك فيها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فيه والقاضى بمنزلة الاب فيه فى الصحيح ألا ترى ان من قتل ولا ولى له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته فيه وهذا أولى والصبى كالمعتوه لما عرف فى موضعه قال رحمه الله ﴿والقاضى كالاب والوصى يصالح فقط والصبى كالمعتوه﴾ يعنى ان القاضى يملك استيفاء القصاص فى الصغير الذى لا ولى له وهو قول المتأخرين من أصحابنا وذكر الناطفى انه لا يملك والوصى يملك الصلح ولا يملك استيفاء القصاص هذا الكلام فيما اذا كان المجنى عليه مولى الصغير أو المعتوه فلو جنى صغيرا أو مجنون على نفس أو طرف وأراد الاب أن يصالح عن ذلك فله ذلك وقوله والوصى يصالح فقط هذا اذا كان القصاص فى النفس وأما اذا كان فى الاطراف ففى رواية الاصل ليس له ذلك وعلى رواية الجامع الصغير له ذلك وذكر شيخ الاسلام انه يملك ذلك على وجه الاستحسان وقوله والصبى كالمعتوه يعنى ولى الصبى يملك ما قدمناه فى ان ولى المعتوه يملكه وفى العيون اذا ثبت القتل عليه ثم جنى القاتل قال محمد فى القياس يقتل وفى الاستحسان تؤخذ منه الدية قال رحمه الله ﴿وللكبار القود قبل كبر الصغار﴾ يعنى اذا كان القصاص مشتركا بان قتل رجل وله أولاد كبار وصغار فللكبار أن يقتلوا القاتل قبل أن يبلغ الصغار وهذا عند أبى حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولان الكبار ليس لهم ولاية على الصغار حتى يستوفوا حقهم فتعين التأخير كما لو كان الكل كبارا وفيهم كبير غائب أو كان أحد الوليين غائبا فى العبد المشترك بخلاف ما اذا عفا الكبير حيث صح عفوه وان بطل حق الصغير فى القصاص فانه بطل بعوض فجعل كلا بطلان ولابى حنيفة ماروى ان عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا قتل به وكان فى أولاد على صغار وكان بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولهذا لو استوفى بعض الاولياء القتل بنفسه لا يضمن شيأ ولو لم يكن له ذلك لضمن كما لو قتل من وجب عليه القصاص أجنبى فافترقا وبخلاف ما اذا كان بين الموليين وأحدهما صغير لان سبب الملك أو الولاء وهو غير متكامل ٧ وفى مسئلتنا القرابة وهى متكاملة قال الشارح ولانه حق لا يتجزى لان سببه وهى القرابة لا تتجزى أقول فى تمام الاستدلال بعدم تجزى سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزى القصاص نفسه فيه خفاء لان العقل لا يجد محذورا فى كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر ان القرابة التى لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق القصاص فى القتل العمد كذلك هى سبب أيضا لاستحقاق الدية فى القتل الخطا مع انه لاشك ان الدية تتجزى لانها مال والمال يتجزى بلا ريب فالاظهر فى بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر فى الكافى ومعراج الدراية تقريرا لدليل الامامين وهو ان القتل غير متجز ثم ان بعض الفضلاء طعن فى قولهم ههنا ان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اه أقول نعم السبب للزوج والزوجة هو الزوجية وفى العتق

والمعتقة

والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا ان الظاهر ان قولهم ههنا وهو القرابة اما بناء على التغليب لكون أولياء القتل فى الاكثر قرابة واما بناء على انهم أرادوا بالقرابة ههنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيعم الكل وقيدنا محل الخلاف بكون القصاص بين الاخوين فلو كان بين الاب والاولاد الصغار أو بين الجد والاولاد الصغار فللاب والجد أن يستوفى القصاص بالاجماع وفى الجامع هذه المسئلة على وجهين اما أن يكون القتل عمدا أو خطأ فان كان خطأ فان كان الشريك الكبير أبا الصغير كان له أن يستوفى جميع الدية حصة نفسه بحكم الملك وحصة الصغير بحكم الولاية وان كان الشريك الكبير أخا أو عما ولم يك وصيا للصغير يستوفى حصة نفسه ولا يستوفى حصة الصغير وان كان القتل عمدا ان كان الشريك الكبير أبا كان له أن يستوفى القصاص بالاجماع وان كان الشريك الكبير أجنبيا بان قتل عبد وهو مشترك بين أجنبيين أحدهما صغير والآخر كبير ليس للاجنبى أن يستوفى القصاص بالاجماع وفى المنتقى الا ان يكون الصغير ابنا فيستوفى حينئذ وان كان الشريك الكبير أخا أو عما فعلى قول أبى حنيفة له أن يستوفى القصاص قبل بلوغ الصغير وعلى قولهما ليس له ذلك حتى يبلغ الصغير وعلى هذا الاختلاف اذا كان الشريك الكبير معتوها أو مجنونا والكبير أخو المعتوه أو عمه وأراد السلطان أن يستوفى حصة الصغير مع الكبير لا شك ان على قول أبى حنيفة له ذلك وأما على قولهما ليس له ذلك وأجمعوا على ان القصاص اذا كان كله للصغير ليس للاخ الكبير ولاية الاستيفاء والعبد المشترك بين صغير وكبير اذا قتل عمدا حتى وجب القصاص فاراد الكبير أن يستوفى القصاص بعض مشايخنا قال انه على الخلاف وبعضهم قال لا يستوفيه الكبير بالاجماع رجل له عبدان قتل أحدهما الآخر عمدا فللولى أن يستوفى القصاص من القاتل ذكره محمد فى آخر اعتاق الاصل فى باب جناية الرقيق قال رحمه الله ﴿وان قتله بمر يقتص ان أصابه الحديد والا لا كالخنق والتغريق﴾ هذا اذا أصابه بحد الحديد من غير خلاف وان أصابه بظهرها أو بالعود لا كالخنق والتغريق فهو على الخلاف الذى ذكرناه فى أول الباب والمر عود فى طرفها حديدة قال العينى المر بفتح الميم وتشديد الراء وهو خشبة طويلة فى رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الارض وبالفارسية تسمى بيل قال رحمه الله ﴿ومن جرح رجلا عمدا فصار ذا فراش حتى مات يقتص﴾ يعنى اذا جرح انسان آخر فصار المجروح صاحب فراش حتى مات فانه يقتص من الجارح لان الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه قال رحمه الله ﴿وان مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد نصف الدية﴾ لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا فى الدنيا معتبرا فى الآخرة حتى يأثم به وفعل زيد معتبر فى الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس هدر مطلقا ومعتبر مطلقا ومعتبر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون الثابت فعلا واحدا فيجب على زيد ثلث الدية ثم ان كان فعل زيد عمدا تجب عليه الدية فى ماله والا فعلى العاقلة لما عرف فى موضعه وفى المبسوط وغيره المشاركة فى القتل لا يخلو اما أن يشارك القاتل من لا يكون فعله مضمونا أو يشاركه من يكون فعله مضمونا فان شاركه من لا يكون فعله مضمونا كالسبع والبهيمة والحربى والمرتد أو جرح انسان نفسه ثم جرحه آخر أو قطع الامام يد السارق فى سرقة ثم قطع آخر يده أو جرحه ومات فلا قصاص على القاتل بالاجماع وان شاركه من يكون فعله مضمونا كالخاطئ والصبى والمجنون فلا قصاص على واحد منهما ولو كان مكان العمد خطأ تجب دية واحدة ولو جرحه رجلان عامدا ثم مات أحد الجارحين ثم مات المجروح أو رمى رجلان الى آخر فمات أحدهما ثم أصاب السهمان فمات من ذلك هل يجب القصاص على الحى قال بعضهم يجب لان فعل كل واحد منهما موجب وقال بعضهم لا يجب لان فعل أحدهما انما ينعقد موجبا بعد الاصابة فلا ينعقد أحدهما موجبا بانفراده رجلان قتلا رجلا أحدهما بالسيف والآخر بالعصا يقضى بالدية على عاقلة صاحب العصا والقصاص على صاحب السيف وفى المبسوط أصله ان النفس متى تلفت بجنايات ووجب المال فانه ينظر ان تلفت بجنايات بنى آدم فالعبرة فيها بعدد الجانى ولا عبرة بعدد الجنايات فى حق الضمان حتى لو جرح واحد عشر جراحات خطأ وجرحه آخر واحدة خطأ فالدية عليهما نصفان لان فعل الانسان فى نفسه معتبر لانه لا ينقلب عن حكمه فى الدنيا وهو القصاص والدية أو الاثم فى الآخرة فاعتبر بعدد الجانى لا عدد الجنايات لان كل جناية تصلح أن تكون سبب الموت لو انفردت والعلة لا تترجح بالزيادة من جنسها فاعتبر الكل جناية واحدة واذا تلفت بجنايات البهائم وبجنايات بنى آدم فلا عبرة بعدد الجنايات لان فعل البهائم هدر أصلا لانه لا يناط به حكم ما فاعتبر جنايات البهائم كلها كجناية واحدة لان حكم الكل واحد وهو الهدر وهذا كرجل به جروح ودماميل

قاتلة فجرحه رجل آخر فمات من الكل يضمن الجارح نصف الدية ويرفع النصف ويسقط عنه اعتبار عدد الدماميل لانها مهدرة ولو قطع رجل يده واصابه حجر فشجه وعقره كلب فكسر رجله وافترسه سبع فعلى القاطع نصف الدية لان النفس تلفت بجنايات أربع ٧ واحدة فصار كانها تلفت بجنايتين احداهما معتبرة والاخرى مهدرة ولو قطع يده رجل وجرحه آخر وجرح هو أيضا نفسه وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح ربعها لان النفس تلفت بجنايات أربعة ثنتان منهما من بنى آدم وهما معتبرتان وواحدة من غير بنى آدم وهى مهدرة فقد تلف بجناية كل واحد من الاجنبيين ربعه وقد سبق بيانه قال رحمه الله ﴿ومن أشهر على المسلمين سيفا وجب قتله﴾ ولا شئ بقتله لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الابه ولا يجب على القاتل شئ لانه صار باغيا بذلك وكذا اذا أشهر على رجل سلاحا فقتله أو قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شئ لما بينا ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار فى المصر أو خارج المصر لانه لا يلحقه الغوث بالليل ولا فى خارج المصر فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان فى المصر نهارا وفى النوادر يغسل ويصلى عليه وعن الثانى يغسل ولا يصلى عليه قال رحمه الله ﴿ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا فى المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا أو نهارا فى غيره فقتله المشهور عليه فلا شئ عليه﴾ لما بينا من المنقول والمعقول قال رحمه الله ﴿ومن شهر عصا نهارا فى مصر فقتله المشهور عليه قتل به﴾ لان العصا خفيفة والغوث غير منقطع فى المصر فكان بالقتل متعديا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر لانه ليس كالسلاح عنده وقيل عندهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور فى العمد لانه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به وقد بيناه وقيل هذا فى الزمان المتقدم أما اليوم اذا شهر عليه العصا فى مصر وقتله لا شئ عليه لان الناس تركوا الاغاثة والغوث قال رحمه الله ﴿وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية﴾ وعلى هذا الصبى والدابة وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى لا تجب الدية فى الصبى والمجنون وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يجب الضمان فى الكل لانه قتله دافعا عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا لانه يصير محمولا على قتله بفعله كان قال له اقتلنى والا قتلتك وكون الدابة مملوكة للغير لا تأثير له فى وجوب الضمان كالعبد اذا شهر سيفا على رجل فقتله فانه لا يجب الضمان فكذا هذا فصار كالعبد اذا صال على الحر فقتله ولابى يوسف ان فعل الصبى والمجنون غير معتبر أصلا حتى لا يعتبر فى حق وجوب الضمان لان جناية العجماء جبار وكذا عصمتها حقها وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطا لحقهما لعصمتهما فلا يضمنان ويضمن الدابة بخلاف الصيد اذا صال على المحرم أو صيد الحرم على الحلال لان الشارع أذن فى قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه ألا ترى ان الخمس الفواسق أباح قتلها مطلقا لتوهم الاذى منها فما ظنك اذا تحقق الاذى ومالك الدابة لم يأذن فيجب الضمان وكذا عصمة عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور فتسقط به عصمته ولنا ان الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص على الصبى والمجنون بقتلهما فاذا لم تسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا انه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال رحمه الله تعالى ﴿ولو ضرب به الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل القاتل﴾ معناه اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضرب به الشاهر فانصرف ثم ان المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا رجع على وجه لا يريد ضربه ثانيا اندفع شره فلا حاجة الى قتله لارتفاع شره بدونه فعادت عصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل رجلا معصوما ظلما فيجب عليه القصاص قال رحمه الله ﴿ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شئ عليه﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك أى لاجل مالك ولان له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء اذا لم يقدر على أخذه منه ولو علم انه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لان قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضى فلا تسقط عصمته بخلاف السارق والذى لا يندفع بالصياح والله تعالى أعلم

﴿باب القصاص فيما دون النفس﴾

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس شرع فى بيان القصاص فيما دون النفس لان الجزء يتبع الكل قال رحمه الله تعالى ﴿يقتص بقطع اليد من المفصل وان كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل ومارن الانف والاذن﴾ لقوله تعالى والجروح قصاص أى

ذوقصاص لقوله تعالى والسن بالسن والقصاص ينبنى على المماثلة فكل ما أمكن فيه رعاية المماثلة يجب فيه القصاص ومالا فلا
وقد أمكن فى هذه الاشياء التى ذكرناها ولا عبرة بكبر العضو لانه لا يوجب التفاوت فى المنفعة واذا قلنا ان المدار على التساوى
فى المنفعة فلا تقطع اليمنى باليسرى ولا الصحيحة بالشلاء ولا يد المرأة بيد الرجل ولا يد الحر بيد العبد وقيد بقوله من المفصل لانه
لو قطع ذلك من غير المفصل لا قصاص فيه وفى النوادر روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انه اذا قطع شحمة أذنه يقتص
منه وان قطع نصف أذنه وكان يقدر أن يقتص مثل ذلك اقتص منه لان شحمة الاذن لها حد معلوم وللاذن مفاصل معلومة
فاذا قطع منها شيء يعلم أن القطع من أى المفصل أمكن القصاص وكذلك اذا قطع غضروف الاذن قطعا يستطاع فيه القصاص
اقتص منه يعمل ذلك بحديدة أو بغير حديدة وان جذب أذنه فانتزع شحمته لا قصاص فيه وعليه الارش فى ماله وان كان أذن
القاطع سكاء أى صغيرة الخلقة وأذن المقطوع صحيحة كبيرة كان بالخيار ان شاء ضمنه نصف الدية وان شاء قطعها على صغرها
وكذلك لو كانت أذن القاطع مقطوعة أو خرماء أو مشقوقة كان المقطوع بالخيار وان كانت الناقصة هى المقطوعة كان له حكومة
عدل لا قصاص فيه وفى نوادر ابن سماعة عن محمد ولو قطع المارن وهو أرنبة الانف ففيها القصاص وان قطع من أصله لا قصاص عليه
لانه عظم وليس بمفصل ولا قصاص فى العظم قال أبو حنيفة لو قطع ذكره من أصله أو من الحشفة اقتص منه لانه أمكن استيفاؤه
على سبيل المساواة اذ له حد معلوم فاشبه اليد من الكوع قال رحمه الله ﴿والعين ان ذهب ضوءها وهى قائمة وان قلعها لا والسن
وان تفاوتا وكل شجة تتحقق فيها المماثلة﴾ لقوله تعالى والعين بالعين يعنى لو ضرب العين فاذهب ضوءها وهى قائمة يجب القصاص
لانه أمكن بان تحمى لها المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتشد عينه الاخرى ثم تقرب المرآة من عينه بخلاف ما اذا انقلعت
حيث لا يقتص منه لعدم امكان رعاية المماثلة وكانت هذه الحادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله تعالى عنه فشاور الصحابة فقال
على رضى الله تعالى عنه يجب القصاص فبين امكان الاستيفاء بالطريق التى ذكرناها ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر حتى أجرى
القصاص فى الكل باستيفاء الكل واعتبر بالشجة فى الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهى لم تستوعب رأس الشاج
فانه ثبت للمشجوج الخيار ان شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وان شاء أخذ أرش ذلك لان ما لحقه من الشين أكثر لان الشجة
المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التى لم تستوعب ما بين قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف وكذا
منفعته لا تختلف فلم يمكن الا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه واذا قلعت لا يجب حيث لا يمكن المماثلة اذ لا قدرة لنا ان نفعل به
كما فعل من غير زيادة ولا نقصان فلهذا لا يجب القصاص وفى الهداية ولو قلع السن من أصله يقلع الثانى تماثلا قال صاحب الكافى
وعامة شراح الكتاب فى هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به المماثلة ولكن تبرد
بالمبرد الى موضع أصل السن وعزاه الشارح الى المبسوط أقول أسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فان أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر
فى الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على خلاف ما ذكر فى الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما فى الكتاب
اما بالقبول واما بالرد فكأنهم لم يروا أصلا نعم القول الذى نقلته ههنا عن المصنف غير مذكور فى بعض النسخ لكنه واقع فى كثير من
النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره فى متنه حيث قال ولا قود فى عظم الا فى
السن فتقلع ان قلعت وتبرد ان كسرت وكان ما أخذه متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكره فى كثير من المتون
ثم ان التحقيق ههنا هو انه اذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصا أم يبرد بالمبرد الى أن ينتهى الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه
فى المحيط البرهانى حيث قال ان كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا
بالاتفاق وان كانت الجناية بقلع سن ذكر القدورى انه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد الى أن ينتهى الى اللحم
ويسقط الباقى واليه مال شمس الأئمة السرخسى وذكر شيخ الاسلام فى شرحه انه يقلع سن القالع واليه أشار محمد فى الجامع
الصغير حيث ذكر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد وفى الزيادات نص على القلع الى هنا لفظ المحيط وأما الشفتان ففى كل واحدة
منهما نصف الدية ان كان خطأ وأما اذا كان عمدا فذكر الطحاوى فى شرحه عن الامام اذا قطع شفة رجل السفلى أو العليا وكان
يستطاع أن يقتص منه بقدر ما فعل يجب القصاص وان قطع بعضه لا يجب ويقتص العليا بالعليا والسفلى بالسفلى وقوله والسن
ان تفاوتت يعنى يجب قلع السن بالسن اذا أمكنت المماثلة وان تفاوتا فى الصغر والكبر والا فلا وفى المنتقى اذا أراد أن يقلع سن آخر

ظلما فله أن يقتله اذا كان فى موضع لا يغيثه الناس وفى الذخيرة ومن أراد أن يبرد سن آخر فليس له أن يقتله وان كان لا يغاث وفى الاصل ينبغى أن يؤخذ الضرس بالضرس والثنية بالثنية والناب بالناب ولا يؤخذ الاعلى بالاسفل بل بالاعلى وفى الخلاصة الحاصل ان النزع مشروع والاخذ بالمبرد احتياط وفى الجامع الصغير واذ كسر سن انسان وسن الكاسر أكبر يقتص منه وكذلك فى القلع ولا قصاص فى السن الزائدة وانما فيها حكومة عدل واذا كسر سن انسان والسن المكسورة مثل ربع سن الكاسر يقتص منه ولا يكون على قدر الصغر والكبر بل يكون على قدر ما كسره من السن وفى الحاوى فان كان سن المنزوع أطول وأعظم لم يكن له الا القصاص وان كسران كان مستويا يمكن استيفاء القصاص منه اقتص منه بمبرد وان لم يكن مستويا ولا يستطاع ان يقتص كان عليه أرشه وفى الخلاصة وان كسر ثلثا ليس بمستو بحيث لا يستطاع ان يقتص منه فعليه أرش ذلك فى كل سن خمس من الابل أو من البقر وفى المنتقى اذا كسر من سن رجل طائفة منها انتظر بها حولا فاذا تم الحول ولم يكمل فعليه القصاص تبرد بالمبرد ويطلب لذلك طبيب عالم أو يقال لها فيمتها كم ذهب منها فان قال ذهب منها النصف يبرد من سن القالع النصف وفيه أيضا اذا كسر من رجل بعضها وسقط ما بقى فان أبا يوسف كان يقول يجب القصاص وفى القدورى لا قصاص فى المشهور وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة اذا نزع الرجل سن رجل فنبت نصفها فعليه نصف أرشها ولا قصاص فى ذلك فان نبتت بيضاء تامة ثم نزعها آخر ينتظر بها سنة فان نبتت والا اقتص منه ولا شئ على الاول وقال ابن أبى مالك قال أبو يوسف يجب عليه فان نبتت صفراء فعليه حكومة عدل وقال ابن سماعة فى السن اذا نزعت ينتظر بها سنة فان لم تنبت اقتص منه وفى جامع الفتاوى فى الاملاء يقتص من ساعته وان نبتت صفراء ففيها حكومة عدل وروى ابن مالك عن أبى حنيفة فى السن إذا نزعت ينتظر بها البرد ثم يقتص من الجانى وفى شرح الطحاوى اذا كسر بعض سن انسان عمدا ثم اسود الباقى بذلك أو احمرت أو اخضرت أو دخلها عيب بوجه من الوجوه فلا قصاص ويجب الارش فى مال الجانى وبهذه الرواية تبين ان ما ذكره القاضى الامام صدر الاسلام والصدر الشهيد فى الجامع الصغير فاذا كسر بعض سن انسان واسود الباقى يجب فيها حكومة عدل ليس بصحيح ولو قال المجنى عليه أنا أستوفى القصاص فى المكسور وأترك ما اسود ليس له ذلك واذا ضرب سن انسان فتحرك ينتظر فيه حولا فان احمر أو اخضر أو اسود تجب الدية كاملة فى مال الجانى وان اصفر اختلف المشايخ فيه هكذا ذكر شيخ الاسلام فى شرحه قال بعضهم يجب كمال أرش السن كما فى الاسود والاحمر وقال بعضهم يجب حكومة عدل وذكر شيخ الاسلام أحمد الطواويسى فى شرحه ان هذا الفصل اختلاف الروايات وروى عن أبى يوسف انه يلزمه كمال الارش كما فى الاسود وعن محمد انه قال ينظر فى ذلك فان كان يلحقه من الشين بسبب الاصفرار ما يلحقه من الشين بسبب الاسوداد يلزمه كمال الارش والا فيقدر الشين وعن أبى حنيفة انه يلزمه حكومة عدل وذكر القدورى أن هشاما روى عن محمد عن أبى حنيفة ان سن الحر اذا اصفرت فلا شئ وان كان عبدا ففيه حكومة عدل وعن أبى يوسف عن أبى حنيفة ان فيه الحكومة وروى عن أبى سالك عن أبى يوسف ان الصفرة اذا اشتدت حتى صارت كالخضرة ففيها كمال الارش وان كانت دون ذلك ففيها الحكومة ثم ان محمدا أوجب كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضراس التى لا ترى أو من القوارض التى ترى قالوا ويجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التى لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا وان لم تفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة عدل وان كان السن قائمة من القوارض التى ترى وتظهر من الاسنان فيجب كمال الارش بالاسوداد وان لم تفت منفعته وفى الينابيع ولو ضرب سن انسان فتحركت سنه الاخرى فجاء للقاضى ليظهر أثر فعله فان أجله القاضى حولا وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فقال المضروب من ضربك وقال الضارب لا بل من ضرب رجل آخر فالقول للمضروب وان جاء بعد السنة واختلفا فالقول للضارب ولو لم تسقط لا شئ على الضارب وعن أبى يوسف انه تجب حكومة عدل فى الالم وفى شرح الطحاوى ومن ضرب رجلا حتى سقط أسنانه كلها وهى اثنان وثلاثون سنا منها عشرون أضراس وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فان عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهى من الدراهم ستة عشر ألفا فى السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماس الدية وفى السنة الثانية ثلث الدية وفى السنة الثالثة وهى ما بقى من الدية والثلاثة أخماس واذا قلع الرجل سن رجل خطأ ثم نبتت فلا شئ على القالع عند علمائنا وروى عنهما فى النوادر أنه يجب الارش والصحيح ما قلنا لان القياس يأبى وجوب الارش بالقلع وان لم تنبت لان المتلف ليس بمال

ولكنا

ولكنا تركنا القياس بالنص وانما أوجب النص الارش اذا لم تنبت مكانه أخرى فاذا نبتت مكانه أخرى يقع على أصل القياس فاذا نبتت أخرى سوداء بقي الارش على حاله واذا نزع سن رجل عمدا وانتزع المنزوع سنه سن النازع ثم نبتت سن الاول فعلى الاول ارش سن الثاني ولو نبتت معوجا يجب حكومة عدل وان نبتت سوداء جعل كأنها لم تنبت وفي الكافي ولو قلع سن غيره فردها صاحبها الى مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الارش وقال الشافعي في قول عليه الضمان بخلاف مالو قطع شجرة رجل فنبتت مكانها أخرى حيث لا يسقط الضمان السغناقي ذكر في المبسوط ولو قلع سن رجل فنبتت كما كانت فلا شئ عليه في ظاهر الرواية ويرجع على الجاني بقدر ما يحتاج اليه من ثمن الدواء وأجرة الاطباء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لا يجب شئ وفي الينابيع وقال أبو يوسف لو نبتت سن البالغ بعد القلع لا يسقط الارش بل تلزمه الدية كاملة بخلاف سن الصبي وقال أبو حنيفة لا شئ في سن الصبي وقال أبو يوسف فيها حكومة عدل واذا لم تنبت يجب فيها الارش كاملا واذا قلع الرجل ثنية رجل عمدا واقتص له من ثنية القالع ثم نبتت ثنيته لم يكن للمقتص له ان يقلع تلك الثنية التي نبتت ثانيا ومثله لو نبتت ثنية المقتص له ولم تنبت ثنية المقتص منه غرم المقتص للمقتص منه ارش ثنيته قال في الاصل اذا قلع الرجل سن رجل فاخذ المقلوع سنه وأثبتها في مكانها فثبتت فقد كان القلع خطأ فعلى القالع ارش السن كاملا قال شيخ الاسلام وهذا اذا لم يعد الى حالته الاولى بعد الثبات في المنفعة والجمال والغالب أن لا يعود الى تلك الحالة واذا تصور عود الجمال والمنفعة بالاثبات لم يكن على القالع شئ كما لو نبتت السن المقلوع قال في الاصل اذا نزع ثنية رجل وثنية الجاني سوداء فالمجني عليه بالخيار وعلى نحو ماذكرنا في مسئلة العين وتفريع هذه المسئلة على نحو تفريع مسئلة العين وفي السغناقي عن أبي يوسف فيما اذا قلع سن رجل بالغ ثم نبتت مكانها أخرى يجب حكومة العدل لمكان الالم فيقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة ولو نزع ثنية رجل وثنية النازع سوداء فلم يتخير المجني عليه شيأ حتى سقطت السن السوداء ونبتت مكانها أخرى صحيحة فقد بطل حق المجني عليه وفي الكافي وكذا اذا لم يكن للقالع ثنية حين قلع ثم نبتت فلا قصاص له وله الارش ولو قلع رجل ثنية رجل وثنية القالع مقلوعة فنبتت ثنيته بعد القلع فلا قصاص فيه وللمقلوع ثنيته ارشها وفي المجرد عن أبي حنيفة اذا نزع سن انسان ينبغي للقاضي ان يأخذ ضمينا من النازع ثم يؤجله سنة من النزع فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتص منه وعلى هذا اذا ضرب انسان انسانا واسود السن فقال الضارب انما اسودت من ضربة حدثت فيها بعد ضربي فالقول للمضروب استحسانا هكذا ذكر المسئلة في الاصل وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف وفي المنتقى في الباب الاول من الجنايات رواية الحسن عن أبي حنيفة في عين هذه الصورة أن القول قول الضارب وليس هذا في شئ من الجنايات الا في السن للاثر وفي النوازل سئل عن رجل ضرب على وجه رجل فتناثرت أسنانه كلها قال يجب لكل سن دية خمسمائة قال الفقيه ان كانت جملتها اثنين وثلاثين يجب عليه ستة عشر ألفا وان كانت أسنانه ثلاثين فعليه خمسة عشر ألفا ولو كانت ثمانية وعشرين فعليه أربعة عشر ألفا وفي السراجية في سن الرجل خمسمائة وفي سن المرأة نصف ذلك وفي الفتاوى أمره بنزع سنه ثم اختلفا فقال الآمر أمرتك بغير هذا فانه قال القول قول الآمر مع يمينه فاذا حلف فارش السن على عاقلة المأمور أو في ماله لا رواية في هذا وفي المنتقى قالوا وليس في نفس الآدمي شئ من الاعضاء ديته زائدة على دية النفس الا الاسنان رجلان قاما في اللعب ليتضاربا بالوكز يعني : مسه درن حابرل : فركب أحدهما الآخر وكسر سنه فعلى الضارب القصاص ولكن بالشرائط التي قلنا لان هذا عمد والمسئلة كانت واقعة الفتوى على هذا وفي الظهيرية ولو قال كل واحد منهما : درن : فوكز أحدهما صاحبه لا شئ عليه وهو الصحيح بمنزلة قوله اقطع يدي فقطعها واذا قلع سن صبي وأخر حولا فمات الصبي قبل تمام الحول فلا شئ على الجاني في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف فيه حكومة عدل وفي الكبرى قال فيه حكومة عدل واذا ضرب سن رجل فاسود سن الرجل ثم جاء آخر فنزعها فعلى الاول تمام ارشها وفي الخانية خمسمائة وعلى الثاني حكومة عدل واذا نزع سن رجل وسن الثاني سوداء أو صفراء أو حمراء أو خضراء والنزع كان عمدا يخير المجني عليه ان شاء اقتص منه وان شاء ضمنه أرش سنه خمسمائة وان كان المعيوب سن المجني عليه فله حكومة عدل ولا يقتص سنه لسنه وفي الخانية ولو ضرب سن انسان فاسودت وسن الجاني سوداء أو حمراء أو خضراء أو صفراء كان المجني عليه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء استوفى القصاص ناقصا وفي الكبرى ولو نزع سن رجل فنبت نصفها فعليه نصف أرشها وان نبتت صفراء

ففيها حكومة عدل قال رحمه الله ﴿ولا قصاص فى عظم﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص فى عظم الا فى السن وهذا هو المراد بالحديث و بموضوع صاحب الكتاب ولان القصاص ينبنى على المساواة وقد تعذر اعتبارها فى غير السن واختلف الاطباء فى السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر انه عظم لانه يحدث و ينمو بعد تمام الخلقة و يلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق بينه و بين سائر العظام لانه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب ترك السن لذلك لانه لم يدخل تحت الاسم ولذا لم يستثنه فى الحديث ولئن قلنا بانه عظم فالفرق بينه و بين سائر العظام أن المساواة فيه ممكنة بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذلك ان قلع سنه فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فلربما تفسد به وانما يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن كذا ذكره فى النهاية معزيا الى الذخيرة والمبسوط قال رحمه الله ﴿وطرفى رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين﴾ أى لا قصاص فى الطرف بين الرجل والمرأة قوله وطرف رجل وامرأة الى آخره ٧ فان قيل سلمنا وجود التفاوت فى القيمة فى الاطراف وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل ولا يد عبد بحر والجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالى شائعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر ما نعا من جهة الاكمل كذا فى العناية ولا مماثلة بين طرفى الذكر والانثى للتفاوت بينهما فى القيمة بتقسيم الشارع ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين للتفاوت فى القيمة وان تساويا فيها بالظن فصار شبهة منع القصاص فان قيل ان استقام عدم المماثلة فى الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان تساوى قيمتهما بتقويم المقومين أجيب بأن التساوى انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة فى الاموال الربوية بخلاف طرفى الحرين لان استواءهما متيقن بتقويم الشرع و بخلاف الانفس لان الخلاف فيهما متعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربى والمستأمن والعام اذا خص منه شئ يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روى عن عمران بن حصين انه قال قطع عبد لقوم فقراء اذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص اهـ أقول فيه نظرا ما أولا فلانه قد تقرر فى علم الاصول ان النص العام اذا خص منه شئ بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصص منه البعض ظنيا فى الباقى فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا خرج من النص العام شئ بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا فى الباقى بل يكون باقيا على حالته الاولى ولا شك ان مخرج الحربى والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد مر منا غير مرة نظير هذا النظر فى محاله وأما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص فى الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة فى هاتين الصورتين ولم يتم الجواب قال رحمه الله ﴿وطرف الكافر والمسلم سيان﴾ أى مثلان فيجرى القصاص بينهما للتساوى فى الارش وقال الشافعى لا يجرى لما ذكرنا من أصله قال رحمه الله ﴿وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برئ منها واسان وذكر الا ان تقطع الحشفة﴾ أى لا قصاص فى هذه الاشياء لعدم المماثلة فيها لان فى القطع من نصف الساعد كسر العظم و يتعذر التساوى فيها اذ لا ضابط له وفى الجائفة البرء نادر فلا يمكن ان يخرج الثانى جائفة على وجه يبرأ منه فيكون اهلاكا فلا يجوز والذكر واللسان ينقبضان و ينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما الا ان يقطع من الحشفة لان موضع القطع معلوم فيصار اليه وعن أبى يوسف انه اذا قطع من أصلها يجب بخلاف ما اذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه قال فى الينابيع اذا قطع اليد من العضو والرجل من الفخذ فعندهما فيه الدية وما فوق الكتف والقدم ففيه حكومة عدل وعند أبى يوسف ما فوق الكعب والقدم مع الاصابع وفى الخلاصة دية اليد تجب مؤجلة فى سنتين ثلثاها فى السنة الاولى والباقى فى السنة الثانية واذا كسر يد عبد رجل أو رجله لا يجب فى الحال شئ ولو قطع أصبعا زائدة وفى يده مثلها لا قصاص بالاجماع وقال أبو حنيفة فى الاقطعين والاشلين انه لا قصاص وهو قول أبى يوسف فى رواية الحسن عنه وكذلك مقطوع الابهام أو الاصابع كلها اذا قطع انسان يده فلا قصاص فى قول أبى حنيفة انه لا قصاص فيه وفيه حكومة عدل ولو كسر عظما من ساعد أو ساق أو غيره ففيه حكومة عدل وفى ثدى المرأة دية كاملة ولا ذكر له فى الكتب وفى كسر الصلب دية كاملة ان منعه عن الجماع

٧ لعل هنا كلاما ساقطا والا فالكلام غير مستقيم تأمل

واحد به

وأحدبه فاما اذالم يحدبه ولم يمنعه من الجماع فهذا على نوعين اما أن يبقى للجراحة أثر ففيه حكومة عدل ولم يجب كمال الدية وأما اذا لم يبق لها أثر لم يجب فيه شئ وقدمر هذا فيما تقدم وفى الظهيرية وكذا صدر المرأة اذا انكسر وانقطع الماء منه ففيه الدية وفى الصلب اذادق لكن يقدر على الجماع ففيه حكومة عدل وان لم يقدر وصار أحدب فدية كاملة وان عاد الى حبله ولم ينقص ولكن فيه أثر الضرب ففيه حكومة عدل وان لم يكن فيه أثر فلا شئ فيه فى قول أبى حنيفة وعندهما تجب أجرة الطبيب وفى الذكر كمال الدية وفى ذكر الخصى حكومة عدل سواء كان يتحرك أولا يقدر الخصى على الوطء أولا يقدر وعلى هذا الخلاف ذكر العنين وأما ذكر الشيخ الكبير ان كان يتحرك ولا يقدر على الوطء فالجواب فيه كالجواب فى ذكر الخصى وذكر العنين وفى التهذيب وفى ذكر الخصى والعنين حكومة عدل وهو مايرى القاضى بمشورة أهل البصيرة وقيل يقوم ان لو كان عبدا مجبوبا وغيره فتجب نسبة النقصان من ديته كما لو نقص عشر القيمة يجب عشر الدية والاول أصح وفى التجريد المرأة اذا أفضاها فصارت لا تستمسك البول والغائط أو أحدهما ففيه دية كاملة وفى الانثيين كمال الدية واذا قطع الحشفة يجب كمال الدية فان قطع باقى الذكر فان كان قبل تخلل البرء تجب دية كاملة و يجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة وان تخلل بينهما برء فيجب كمال الدية فى الحشفة وحكومة العدل فى الباقى واذا قطع الذكر والانثيين من الرجل الصحيح خطأ ان بدأ بقطع الذكر ففيه ديتان وفى التجريد وكذا اذا قطعهما من جانب واحد ولو بدأ بقطع الانثيين ثم بالذكر ففى الانثيين الدية كاملة وفى الذكر حكومة عدل وان قطعهما من جانب الفخذ معا فعليه ديتان وفى التحفة وفى الانثيين اذا قطعهما مع الذكر جملة واحدة فى حالة واحدة يجب عليه ديتان دية بازاء الذكر ودية بازاء الانثيين واذا قطع الذكر أولا ثم الانثيين يجب ديتان أيضا لان بقطع الذكر قطع منفعة الانثيين وهى امساك المنى فاما اذا قطع الانثيين أولا ثم الذكر تجب الدية بقطع الانثيين وتجب بقطع الذكر حكومة العدل وفى الاليتين اذا قطعتا خطأ كمال الدية وفى الظهيرية وفى أحدهما نصف الدية وفى المنتقى عن محمد اذا قطع احدى انثييه وانقطع ماؤه دية ونصف قال ولا نعلم ذهاب الماء الا باقرار الجانى فاذا قطع الباقى من احدى الانثيين يجب نصف الدية ولم يذكر فى الكتاب الحكم فى العمد والظاهر انه يجب فى الانثيين القصاص حالة العمد وفى الرجلين كمال الدية فى الخطأ وفى أحدهما نصف الدية وفى كل أصبع من أصابع الرجلين عشر الدية وفى الرجل فى العمد القصاص اذا قطع من مفصل القدم أو من مفصل الركبة أو من مفصل الورك وان قطعت من غير المفصل لا يجب القصاص وفى الذخيرة وكذلك الحكم فى أصابع الرجلين ان قطعت من المفصل عمدا يجب القصاص واذا قطع الرجل خطأ من نصف الساق تجب الدية لاجل القدم وحكومة العدل فيما وراء القدم والكلام فيه نظير الكلام فى اليد اذا قطعت من نصف الساعد وان كسر فخذه فبرئت واستقامت فلا شئ عليه وفى قول أبى يوسف حكومة عدل وذكر أبو سليمان عن محمد فى كتاب الخراج قال أبو حنيفة ماانكسر من انسان يدا أو رجلا أو غير ذلك و برئ وعاد كهيئته فليس فيه عقل وان كان فيه نقص بان برئ العظم و بقى فيه ورم ففيه من عقله بحساب مانقص وكذلك فى جراحة الجسد اذا برئ وعاد كهيئته فليس فيه شئ ولو كان فى شئ من ذلك شلل ففيه حكومة عدل الا الجائفة فان فيها ثلث دية النفس واذا طعن برمح أو غيره فى دبره وصار لا يستمسك الطعام فى جوفه ففيه الدية واذا ضرب فسلسل بوله وصار بحال لا يستمسكه ففيه الدية واذا ضرب فقطع فرج امرأة وصارت بحال لا يمكن جماعها ففيه الدية وفى الينابيع وكذا لو قطع فرجها من الجانبين حتى وصل الى العظم وان قطع أحدهما ففيه نصف الدية وفى فتاوى سمرقند فان جامع امرأة لا يجامع مثلها فماتت فعلى عاقلته ديتها وفى جنايات المنتقى اذا جامع امرأة فأفضاها حتى لا تستمسك البول فلا شئ عليه وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ان كانت لا تستمسك البول فعليه الدية فى ماله وان كانت تستمسك فعليه ثلث الدية وفى الكبرى وان كانت بحيث تستمسك ففيها ثلث الدية وفى فتاوى الخلاصة رجل جامع صغيرة لا يجامع مثلها فماتت فان كانت أجنبية فالدية على العاقلة وان كانت منكوحته فالدية على العاقلة والمهر على الزوج ولو أزال بكارة امرأة بالحجر أو غيره يجب المهر وفى الينابيع وان زنى بها مطاوعة وأفضاها فلا شئ عليه عندهما وقال أبو يوسف تجب الدية على عاقلته وفى الينابيع واذا ضرب امرأة فأفضاها وصارت بحيث لا تستمسك فان كانت بكرا يجب جميع الدية ولا يجب المهر عندهما وقال محمد رحمه الله يجمع بينهما وفى التجريد وقال أبو يوسف واذا وطئ امرأة بشبهة فأفضاها وصارت لا تستمسك البول تجب الدية ولا مهر لها وقال محمد لها المهر والدية ولو دق فخذها أو يدها من الوطء فارش ذلك فى ماله لانه قد يقع على جسدها وفى المجامع يتعمد ذلك فهذا منه عمد

وعن أبي يوسف عن محمد رجل جامع امرأة ومثلها يجامع فماتت من ذلك فلا شئ عليه وقال أبو يوسف اذا جامع امرأة فذهب منها عين أو أفضاها ان ماتت فهو ضامن وقال محمد يضمن في هذا كله الا الافضاء والقتل في الجماع وهو قول أبي حنيفة فيما حكى عن هشام عن محمد قال وهو قول أبي يوسف وعن الفقيه أبي نصر الدبوسي اذا دفع أجنبية فوقعت وذهبت عذرتها فعلى الدافع مهر مثلها والتعزير وعن الشيخ الامام أبي حفص الكبير سئل عمن دفع امرأة فذهبت عذرتها ثم طلقها قبل الدخول بها كان عليه نصف المهر في قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف عليه جميع المهر بكر دفعت بكرا أخرى فزالت عذرتها قال محمد على الدافعة مهر مثل الاخرى قال رحمه الله ﴿وخير بين الارش والقود ان كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع أو كان رأس الشاج أكبر﴾ قيد بحالة القطع فجعلها قيدا في التخيير لانها لو تغيرت بعد القطع لا يخير كما سيأتي بيانه وأطلق في الشلاء فشمل ما اذا كان ينتفع بها أو لا فلو قيد في الشلاء فقال شلاء ينتفع بها لكان أولى كما سنبينه أيضا أما الاول فهو ما اذا كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع و يد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع فلان استيفاء حقه متعذر فيخير بين ان يتجوز بدون حقه في القطع و بين ان يأخذ الارش كاملا ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة وقال الشافعي يضمنه النقصان لانه قدر على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا ان الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما لو تجوز بالرديء مكان الجيد ولو سقطت يده المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شئ له عليه فان حقه تعين في القصاص لما مر ان موجب العمد القود عينا وحقه ثابت فيه قبل اختياره بخلاف ما اذا قطعت بقود أو سرقة حيث يجب عليه الارش وقال الشافعي يجب عليه الارش في الموضعين لانه لما تعذر استيفاء الحق ظهر انه كان مستحقا عليه بخلاف النفس اذا وجبت على القاتل فقتل بجناية أخرى حيث لا يضمن وأما الثاني وهو ما اذا كانت رأس الشاج أكبر بان كانت استوعبت ما بين قرني المشجوج وفي استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل وفي استيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيتخير ثم لو اختار القود يبدأ من أي الجانبين شاء لان حقه في ذلك المحل فكان له ان يتخير ولو كانت رأس المشجوج أكبر تخير أيضا لتقرر الاستيفاء كملا وفي السراجية ولا تقطع الابهام بالسبابة ولا بالوسطى والحاصل انه لا يؤخذ شئ من الاعضاء الا بمثله من القاطع قال محمد في الاصل واذا قطع الرجل يد آخر وفيها ظفر سوداء يجب القصاص وان لم يكن ظفر يد القاطع مسودا لان الاسوداد لا يوجب نقصانا في منفعة اليد وهي البطش ألا ترى انه لو قطع انسان يده خطأ كان على عاقلة القاطع نصف الدية واذا لم يكن للاسوداد في الظفر أثر في نقصان دية اليد صار وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة اليد الشلاء وان كان نقصانا يوهن في البطش حتى يجب بقطعها حكومة عدل لا نصف الدية كان بمنزلة اليد الشلاء واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء واذا قطع الرجل يد رجل عمدا و يد القاطع ناقصة فهذا على وجهين اما أن تكون ناقصة من حيث الصفة بان كانت شلاء أو كانت ناقصة من حيث الاصابع بان كانت ناقصة أصبع أو أصبعين فان كان النقصان من حيث الصفة فالمقطوع يده بالخيار فان اختار القطع فلا شئ له مع القطع عندهم جميعا وان شاء لم يقطع واحد يده حتى يصل اليه بدل حقه على الكمال من ماله وكان الشهيد برهان الأئمة يقول انما يثبت الخيار للمقطوعة يده في هذه الصورة اذا كانت اليد الشلاء مما ينتفع بها مع ذلك فاما اذا كانت غير منتفع بها فهي ليست بمحل القصاص فلا يخير المجني عليه حينئذ بل له دية صحيحة كما لو لم يكن للقاطع يد أصلا و به يفتى وتفريع المسئلة بعد هذا على حسب ما ذكرنا في العين والسن الكبرى وكذا لو كان القاطع صحيح اليد عند القطع فشلت يده بعد ذلك لا خيار للمجني عليه بين القصاص والارش بل يقطع الشلاء أو يترك ولا شئ له وان كانت ناقصة بعد القطع فهذا على وجهين ان كان النقصان حاصلا لا بفعل أحد وان كانت ناقصة من حيث القدر فكذلك يتخير فان اختار القطع فلا شئ له على القاطع وقال الشافعي رحمه الله أخذ منه أرش ما كان فائتا من الاصابع هذا اذا كانت ناقصة وقت القطع فاما اذا انتقصت بعد القطع فهذا على وجهين ان كان النقصان حاصلا لا بفعل أحد بان سقط أصبع من أصابعه بآفة سماوية الجواب فيه كالجواب فيما اذا كانت ناقصة وقت القطع وكل جواب عرفته ثم فهو الجواب هنا وان كان بفعل أحد بان قطع أصبعا من أصابعه ظلما أو قطع القاطع أصبعا أو قضى به حقا واجبا عليه فالجواب فيه كالجواب في اليد هكذا ذكر شيخ الاسلام في شرحه فهذا اشارة الى ان للمقطوع يده الخيار في الفصول كلها غير ان النقصان اذا كان بآفة سماوية واختار قطع اليد لا شئ له من الارش عنده وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه أنه ان قطع أصبعه بقصاص وجب عليه في الاصبع

فالمقطوعة

فالمقطوعة يده الخيار وان قطع يده ظلما فلا خيار للقاطع وليس له الا القصاص وأشار الى الفرق فقال اذا قطع أضبعه قصاصا فقد قضى بها حقا مستحقا عليه فيصير متلفا بعد حق صاحب الحق فيكون له الخيار ولا كذلك ما اذا قطع يده ظلما وهذا الفرق اشارة الى انها لو سقطت بآفة سماوية فلا خيار له ذكر الشيخ أحمد الطواويسى فى شرحه انها اذا قطعت بقصاص فله الخيار واذا قطعت ظلما أو بآفة سماوية فلا خيار له هذا اذا كانت يد القاطع قائمة وقت القطع فاما اذا كانت فائتة وقت القطع بان قطع يمين رجل ولا يمين للقاطع فحق المقطوع فى الارش فى ماله لانه لا يجد عين حقه وكان له بدل حقه وان كانت يد القاطع قائمة وقت القطع ثم فاتت بعد ذلك فهذا على وجهين اما ان فاتت لا بفعله بان فاتت بآفة سماوية بان وقعت فيها آكلة فسقطت أو قطعها انسان ظلما أو فاتت من جهته بان قضى حقا واجبا أو ان أتلفه بنفسه بان قطع يمينه فان فاتت بعد القطع لا بفعله فانه يبطل حق المقطوع يده وذلك لان حق المقطوع يده فى العين فيفوت حقه بفوات العين كالعبد الجانى اذا هلك وكمال الزكاة اذا هلك ولا يضمن القاطع يده واذا قطع المفصل الاعلى من أصبع رجل عمدا أو اقتص منه ثم قطع أحدهما بعد ذلك يد صاحبه عمدا فلا قصاص بينهما وفى النوازل مقطوع الابهام من يده اليمنى اذا قطع ساعد مثله لا قصاص وقال محمد اذا قطع الرجل أصبع رجل من المفصل ثم قطع يد آخر و بدأ باليد ثم قطع الاصبع وذلك كله من يد واحد بان كان فى اليمنى وفى اليسرى وحضر صاحب الاصبع والمقطوعة يده وطلبا من القاضى القصاص فان القاضى يقطع أولا لصاحب الاصبع ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع الثانى لجهته ولا شئ له من أرش الاصبع وان شاء لم يقطع يده وكان له دية اليد فى ماله فرق بين هذا و بين ما اذا قطع يمنى رجلين ثم جا آ أو طلبا حقهما من القاضى فان القاضى لا يبدأ بأحدهما بل يقضى لهما بالقصاص فى يمينه ودية فى ماله هذا الذى ذكرنا اذا كان صاحب الاصبع وصاحب اليد حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا فان كان الحاضر صاحب الاصبع فلا يقطع الاصبع له وان كان الحاضر صاحب اليد فانه يقطع له واذا جاء صاحب الاصبع بعد ذلك فانه يأخذ ارش الاصبع من ماله ولو قطع رجل أصبع رجل من المفصل الاعلى ثم آخر قطع من المفصل الاوسط ثم آخر قطع أصبعا أخرى من المفصل السفلى وذلك كله فى أصبع واحد هذا على وجهين اما أن يكون صاحب الاصابع حضورا أو بعضهم غائبا فان كان الكل حضورا وطلبوا من القاضى حقهم فان القاضى يقطع من المفصل الاعلى لصاحب المفصل الاعلى وان كان صاحب الاسفل والاوسط ثابتا فى الاعلى لانهما لا حق لهما فى قطع المفصل الاعلى الاعلى سبيل الشركة لان القاطع لم يضع السكين على المفصل من أصابعهما وانما وضع على صاحب المفصل الاعلى فهو حق صاحب الاعلى من كل وجه ثم خير صاحب المفصل الاوسط وانما وضع على صاحب المفصل الاوسط من كل وجه لان حقه كان فى مفصلين لان الفائت مفصلان ٧ فبفوات أحدهما يتخير كما خير صاحب اليد بعد ما قطعنا الاصبع لصاحب الاصبع فان شاء قطع من القاطع مفصله الوسطى ولا شئ له من دية الاصبع وان شاء لم يقطع وضمنه ثلث دية الاصبع لانه فوت عليه من أصبع مفصلين فيضمن ثلث دية الاصبع وان حضر أحدهم وغاب الآخران فان كان الحاضر صاحب المفصل الاعلى يقطع فان قطع المفصل الاعلى له ثم حضر الآخران فانهما يخيران على الوجه الذى ذكرنا فان اختارا القطع لم يضمن لاحد منهما شيأ وان قطع كف رجل من مفصل ثم قطع لآخر مرفقه وكانا حاضرين فانه يبدأ بحق صاحب الكف وفى الكافى قطع يمين رجلين فقطع أحدهما ابهامه وقطع الآخر كفه فعلى قاطع اليدين خمسة آلاف درهم لقاطع الابهام أربعة آلاف ولقاطع الكف ألف درهم وان بدأ الاجنبى فقطع أصبعا من أصابع القاطع ثم قطع أحد صاحبى القصاص بعد ذلك أصبعا من أصابع اليدين ثم عاد الاجنبى فقطع أصبعا من أصابع القاطع ثم ان الذى لم يقطع شيأ من أصابع القاطع قطع الكف وعليها أصبع فان القاضى يقضى على القاطع بدية يديه وأخذ اربعها الذى أخذ الكف وثلاثة أرباع للذى قطع الاصبع ولا يجعل الاصبع الذى قطعه الاجنبى قبل قطع أحد صاحبى القصاص قائما حكما فان اجتمع صاحب القصاص على قطع الكف مع الاصبعين فالدية المأخوذة تقسم بينهم لقاطع الاصبع والآخر الخمسة تمامها وفى الجامع الصغير رجل قطع يد رجل من المفصل وليس فى الكف الا أصبع واحد ففيه عشر الدية فان كان فيه أصبعان فالخمس ولا شئ فى الكف وقالا ينظر الى أرش الاصبع بالكف فيكون عليه الاكثر و يدخل القليل فى الكثير سئل أبو يوسف ومحمد عن رجل قطع يد رجل خطأ ثم قطع رجله من خلاف خطأ ماذا يجب عليه فقالا يجب عليه دية كاملة لكل عضو نصفها وفى الجامع الصغير الحسامى رجل قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات يقتل المقتص منه وعن أبي يوسف أنه لا يقتص

﴿فصل﴾ لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية أتبع الصلح ذلك فى فصل على حدة قال رحمه الله ﴿وان صولح على مال وجب حالا وسقط القود﴾ يعنى اذا صالح القاتل أولياء المقتول على مال عن القصاص سقط القصاص ووجب المال حالا قليلا كان المال أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام أولياء المقتول بين خيرتين أن يأخذوا المال أو يقتلوا القاتل بخلاف حق القذف فانه حق الله تعالى فلا يجرى فيه العفو ولا التعويض وبخلاف ما اذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من الدية لأنه دين ثابت فى الذمة فيكون أخذ أكثر منها ربا وانما وجب حالا لأنه دين وجب بالعقد والأصل فى مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لأنها لم تجب بالعقد وانما وجبت بسقوط القود ولأنه موجب العقد ولأنه لم يرض ببذل المال الا مقابلا به فيوفر عليه مقصوده وهو الحال وقوله وان صولح الخ أطلق فى العبارة فشمل ما اذا كان المقتول متعددا والقاتل واحدا قبل القضاء بالقصاص أو بعده والاطلاق فى محل التقييد لا ينبغى فلو قال وان صالح فى واحد قبل القضاء بالقصاص أو بعده الى آخره كان أولى لأن فى قولنا فى واحد يخرج ما اذا كان المقتول متعددا والقاتل واحدا أو حصل العفو وبقولنا قبل القضاء أو بعده يفيد أنه اذا كان المقتول واحدا فالعفو يسقط القصاص قبل القضاء وبعده بخلاف ما اذا كان المقتول متعددا على تفصيل يأتى بيانه قال رحمه الله ﴿وتنصف ان أمر الحر القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على ألف ففعل﴾ معناه لو كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر القاتل ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل المأمور فالالف على الحر والعبد نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما بالسواء ولان الالف وجبت بالعقد وهو مضاف اليهما فينصف موجبه وهو الالف عليهما قال رحمه الله ﴿فان صالح أحد الاولياء من حظه على عوض أو عفا فلمن بقى حظه من الدية﴾ لان كل واحد منهم متمكن من التصرف فى نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو وبالصلح لانه يتصرف فى خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فسقط به حقه من القصاص ومن ضروريه سقوط حقه سقوط حق الباقين أيضا فيه لانه لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ثبوتا فكذا سقوطا وفى عبارة المصنف قصور من وجهين الاول أنه يقال صالح عن كذا وذكر فى الكتاب كلمة من الثانى قوله من نصيبه يوهم تجزأ القصاص وقد قدمنا انه لا يتجزى قال الشارح بخلاف ما لو قتل رجلين فعفا أولياء أحدهما حيث يكون لاولياء الآخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القاتل والمقتول فسقوط أحدهما لا يسقط الآخر ألا ترى انهما يفترقان ثبوتا وكذا بقاء بخلاف ما نحن فيه فاذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لانه تعذر استيفاؤه فيجب المال كما فى الخطأ فان سقوط القصاص فيه لمعنى فى القتل وهو كونه مخطأ ولا يجب للعافى شئ لانه أسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة فى ذلك كلهم سواء وقال مالك والشافعى لا حق للزوجين فى القصاص ولا فى الدية لان فى الوراثة خلافة وهى بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وقال ابن أبى ليلى لا يثبت حقهما فى القصاص لان سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد ألا ترى ان الوصى لا يثبت له حق فى القصاص لان المقصود فى القصاص التشفى والانتفاع وذلك يختص به الاقارب الذين ينصر بعضهم بعضا ولهذا لا يكون أحدهما عاقلة الآخر لعدم التناصر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته الحديث والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وأمر عليه الصلاة والسلام بتوريث امرأة أسيم الضبابى من دية زوجها أسيم ولان القصاص حق يجرى فيه الارث حتى اذا قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الابن وبين ابن الابن فيثبت كسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما كما فى حق الارث أو يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح وكان على رضى الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث والدية حكمها حكم سائر الاموال ولهذا لو أوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كسائر أمواله ولهذا لو انقلبت مالا يقضى به دينه وتنفذ به وصاياه واستحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد ألا ترى أنه لا يرتد بالرد بخلاف الوصية ولهذا يتبين أن الاستحقاق ليس بالعقد ٧ بل بالعقد ولا يلزم من عدم التناصر وعدم العقل عدم الارث للقصاص ألا ترى ان النساء من الاقارب لا يعقلن ويرثن القصاص والدية أقرب منه اذ المرأة لا تعقل عنها أبناؤها الكبار ويرثونها قال رحمه الله ﴿ويقتل الجمع بالمفرد﴾ لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر به وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب والقصاص شرع حكمه للزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجرى القصاص عليهم جميعا تحقيقا لمعنى الاحياء

ولولا ذلك لسد باب القصاص وفتح باب التغالب اذ لا يوجد القتل من واحد غالبا لانه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل الا نادرا والنادر يشرع فيما يغلب لا فيما يندر قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفى القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر فى القصاص المساواة لما فى الزيادة من الظلم على المتعدى وفى النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد فى شئ هذا يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفى مقابلة النفوس بنفس ولكن ترك هذا القياس بما روى ان سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بان هذا القياس مقيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال فى بيانه وذلك ينفى مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روى عن عمر رضى الله عنه لان عمر ان كان منفردا فى قضائه وقوله المزبورين فظاهر لان قول صحابى واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فمحل الاجماع كما صرح به فى العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر فى أصول الفقه ان الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشئ منهما فالحق فى أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما هو مقتضى القياس فى هذه المسئلة وان يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجئ منا الكلام فى التوفيق بينهما بعيد القول ان شاء الله تعالى قالوا القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال صاحب العناية لقائل أن يقول ماذكرتم من المقتول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا فى الشرع وان كان فلا يربو عن القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب أنه قياس سائر أبواب العقوبات المرتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة الباطن وهو احياء كلمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم فى ازهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم كشخص واحد اه كلامه أقول فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات فى الحقيقة شخصا واحدا بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم متساوين كشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة فى القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافى هذا ما سيأتى فى تعليل المسئلة الآتية من ان الاصل ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال الصادر منهم بهذا الاعتبار فثلاث متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة فى القصاص والحق عندى ههنا ان يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافى ما قالوا فى هذه المسئلة اذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة فى النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن ان تقتل النفس بما فى قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما وأما انه هل تحقق المماثلة المعتبرة فى القصاص عند تعذر النفس فى جانب القاتل والمقتول وانما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا ترى ان العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا ههنا تبصر قال رحمه الله ﴿والفرد بالجمع اكتفاء﴾ يعنى اذا قتل واحد جماعة يقتل بهم يعنى اذا حضر الاولياء وطلبوا يقتل بهم وقال الامام الشافعى رحمه الله تعالى يقتل بالاول فقط ولنا انه لو قتل كل واحد منهم بوصف الكمال فيقتل بهم لحصول التماثل وفى الحاوى قتل رجلا فقيل له لم قتلت فلانا فقال قد كان ذلك كله مكتوبا فى اللوح المحفوظ ثم قال آخر لم قتلت غلامى فقال قتلت عدوى يقتل وفى المحيط واذا قتل واحد رجلين يقتص بهما ولا يغرم الدية لان بقتله صار كل واحد منهما مستوفيا حقه على الكمال لان حق كل واحد منهما فى عدم الحياة وبقتل الواحد حصل لهما اعدام الحياة معنى لما بينا وان حضر أحدهما والآخر غائب كان للحاضر ان يستوفى القصاص لان كل واحد فى اتلاف كل النفس واستيفاء البعض لمكان المزاحمة ولا مزاحمة هنا لان حق الحاضر قد ظهر عند القاضى وحق الغائب لم يظهر وصار كاحد الشفيعين اذا حضر فقضى له بالجميع فكذا هذا ولو كان قطع اليدين لهما فقطع لاحدهما والمسئلة بحالها فللآخر دية يده بخلاف القصاص بالنفس اذا قضى لاحدهما وقتله لم يجب للآخر شئ لان فوات حقه فى الاستيفاء يكون بسبب القصور فى المحل

فانهما اذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيا حقه على الكمال فلا تجب معه الدية وأما فى الطرف فوات حقه بسبب قصور فى المحل لا يضر عن ايفاء حق كل واحد منهما فيجب الضمان ولو عفا أحدهما قبل القضاء بالقصاص أو الدية بطل حقه واقتص للآخر لان المزاحمة قد انقطعت بالعفو فبقى حق الآخر فى الكل وان عفا بعد القضاء بالقصاص وصالح ولى المقتول فالدية بينهما فلو قتل وقطع اليد من آخر وأخذ الدية فللساكت دية اليد عند محمد وقالا للساكت ان يقطع اليد على ان لهما حق استيفاء القصاص فى يد واحدة واستيفاء دية واحدة ولا قصاص مع وجود الموافقة والملائمة وانعدام المنازعة والمشاجرة ولكنه أقصى ما يجب لهما وهو ان يجتمعا على القطع وأخذ الدية بينهما فصار الحال بعد القضاء كالحال قبله ولو أخذ الدية على اليد ثم عفا أحدهما يكون للآخر نصف الدية لانهما لما قبضا الدية فقد ملكاها ومن ضرورة ثبوت الملك فى المستوفى ان لا يبقى الحق فى اليد فسقط حق كل واحد منهما فى نصف اليد كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد فلا يتمكن من استيفاء كل اليد بدون نصيب العافى فبطل حقه فى القصاص فامتنع القطع لان موجبه الدية فى نصيبه كما اذا كان خطأ ولو أخذا بالدية كفيلا ثم عفا أحدهما فللآخر القصاص لان الكفالة توقيف قال رحمه الله ﴿فان حضر واحد قتل وسقط حق البقية﴾ كموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجانى وفيه خلاف الامام الشافعى لان الواجب عنده أحدهما على ما بينا فان فات أحدهما قضى الآخر لفوات المحل وقد قدمناه قال رحمه الله ﴿ولا يقطع يد رجلين بيد﴾ معناه اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وقال الامام الشافعى تقطع أيديهما ومحل الخلاف فيما أخذا سكينا واحدا من جانب وأمراها على يده حتى انقطعت هو يعتبرها بالانفس لان الاطراف تابعة لها وملحقة بها فاخذت حكمها بخلاف ما اذا أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب حتى التقت السكينان فى الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح على بعض العضو ولنا ان كل واحد منهما قاطع للبعض لان ما انقطع بقوة أحدهما أن يقطع بقوة الآخر فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض والاثنين بالواحد لانعدام المساواة فصار كما اذا أمرها كل واحد من جانب الآخر بخلاف النفس فان شرط فيه المساواة فى العصمة لا غير وفى الطرف يعتبر المساواة فى النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة من العيوب تقتل بالمفلوج والمسلول وكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس ولان زهوق الروح لا يتجزأ فاضيف الى كل واحد كلا وقطع العضو يتجزأ ألا ترى انه يمكن ان يقطع البعض ويترك الباقى وفى القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو أمر أحدهما السكين على قفاه والآخر على حلقه حتى التقتا فى الوسط ومات منهما يجب القصاص وفى اليد لا يجب ولان القتل بطريق الاجتماع غالب لمخالفة الغوث لا فى القطع لانه يحتاج الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث بسببها كالنداء ونقول ثبت وجوب القصاص فى النفس والاجماع على خلاف القياس والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها وقوله رجلان مثال وليس بقيد قال فى التجريد اذا قطع رجلان يدى رجل فلا قصاص عليهما وعليهما الدية وكذا ما زاد على هذا العدد فى هذا الحكم سواء وقال محمد رحمه الله فى الزيادات رجل قطع المفصل الاعلى من أصبع رجل وبرأ منه ثم عاد وقطع الثانى أيضا ثم اختصما الى القاضى فالقاضى يقضى على القاطع بالقصاص فى المفصل الثانى هذا الذى ذكرنا اذا قطع المفصل الاعلى وبرئ ثم عاد وقطع المفصل الثانى فانه يقطع أصبع القاطع من المفصل الاسفل ويجعل كانه قطع المفصلين بدفعة واحدة فمن مشايخنا من قال ما ذكرهنا قولهما أما على قول أبى حنيفة رحمه الله للمقطوع مفصلاه ان يقطع المفصل الاعلى ثم الاسفل ومنهم من قال هذا قول الكل ولو قطع المفصل الاعلى واقتص من القاطع ثم عاد وقطع المفصل الثانى وبرئ يجب لوجود المساواة فرق بين هذا وبين رجلين مقطوعى الاصابع قطع أحدهما كف صاحبه لا يقطع كف القاطع أقول فيه نظر لان المساواة ممكنة فينبغى أن يقطع لامكانها فتدبره وكذا اذا كان مقطوعا الكف قطع أحدهما زند صاحبه لا يقطع زند القاطع ولو قطع من أصبع رجل نصف مفصل وكسر وبرئ ثم قطع ما بقى من المفصل وبرئ فلا قصاص عليه فى شئ من ذلك أما فى النصف الاول فلحلول الجناية فى العظم وأما فى النصف الثانى فلعدم المساواة لان أصبع القاطع حال ما قطع الثانى من المفصل صحيحة والاصبع المقطوعة من نصف المفصل ناقصة ولو لم يحل بينهما برء يجب القصاص فى المفصل وجعل كانه قطع المفصل بدفعة واحدة وكذلك لو قطع الاصابع من رجل وعاد وقطع الكف ان لم يحل بينهما برء يجب القصاص فى يد كانه قطع الكل دفعة واحدة وان حال بينهما برء يجب القصاص فى الاصابع وحكومة عدل فى الكف وكذا اذا قطع حشفة انسان خطأ ثم عاد وقطع باقى

الذكر ان كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة وان كان تخلل بينهما برء يجب كمال الدية فى الحشفة وحكومة عدل فى الباقى ولو قطع المفصل الاعلى من أصبع رجل فقبل البرء قطع النصف من المفصل الثانى ثم برئ وجب القصاص وجعل كانه من الابتداء قطع النصف من المفصل الثانى وهناك لايجب القصاص بل يجب الارش فهذا كذلك ولو برأ من القطع الاول ثم قطع النصف من المفصل الثانى يجب القصاص فى المفصل الاعلى لوجود الشرط ويجب نصف الارش فى الثانى وفى الظهيرية ولو قطع كفه ثم قطع آخر مرفقه فمات فان كان عمدا فقصاص النفس على الثانى ودية القطع على الاول وهذا قول علمائنا الثلاثة وقال زفر ان كان عمدا وان كان خطا ولم يتخلل البرء فدية النفس عليهما وان قطع أصبع رجل عمدا ثم قطع آخر كفه خطا فمات يقتص من قاطع الاصبع وعلى عاقلة الآخر دية النفس وقال زفر لا يقتص ولكل واحد منهما نصف الدية واذا ضرب رجل على يد رجل فشلت اليد فعليه دية كاملة وفى النوازل وسئل شداد عن رجل قطع رأس أصبع رجل من مفصله قال يقتص منه فان اقتص منه ثم قطع أحدهما يد صاحبه فقال ليس بينهما قصاص وفى العيون رجل قطع أصبع رجل خطا فجاء آخر وقطع كفه عمدا فمات منهما جميعا فى قول الامام لايجب القصاص وعلى كل واحد منهما نصف الدية وبه قال الامام الشافعى رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع من الكف وعلى عاقلة الذى قطع الاصبع دية الاصبع وفى شرح الطحاوى ومن قطع يد مرتد فاسلم فمات فلاشئ على القاطع ولو قطع يده وهو مسلم فارتد فمات فعليه دية اليد لاغير ولو رجع الى الاسلام ثم مات فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف عليه دية النفس وفى قول محمد عليه دية اليد وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضى بلحوقه ثم عاد مسلما فمات تجب دية اليد لاغير وفى شرح الطحاوى ومن قطع من رجل يدا أو رجلا أو أصبعا أو أنملة من أصبع أوماسوى ذلك مفصلا من المفصل عمدا فعليه القصاص بعد البرء من الجناية ولاقصاص عليه قبل ذلك واذا قطع رجل يد آخر عمدا فان كان القاطع والمقطوع حرين مسلمين أو كتابيين أو أحدهما مسلم والآخر كتابى يجرى القصاص بينهما أو كانا امرأتين حرتين مسلمتين أو أحدهما مسلمة والاخرى كتابية أو كانتا ذميتين يجب القصاص ولو كانا عبدين أو أحدهما عبد والآخر حر أو أحدهما ذكر والآخر أنثى فلاقصاص بينهما والارش فى ماله حالا هذا كله بيان حكم العمد رجعنا الى بيان حكم الخطا فنقول وبالله التوفيق فى اليدين اذا قطعتا خطا الدية لفوات جنس المنفعة على الكمال وفى أحدهما نصف الدية ولا تفضل اليمين على الشمال وان كانت اليمين أكثر بطشا من الشمال لان العبرة فى الجنايات لجنس المنفعة لاللزيادة وفى اليد اذا قطعت من نصف الساعد دية اليد وحكومة عدل فيما وراء الكف وهو قول الحنفى والشافعى روى صاحب الامالى عن أبى يوسف انه لايجب فى الساعد شئ وهو قول زفر ومالك وسفيان والثورى وكذلك على هذا الاختلاف اذا قطع اليد من المرفق أو المنكب فانه يجب فى الكف دية اليد وحكومة العدل فيما وراء الكف وعن أبى يوسف ومن تابعه فى المسئلة الاولى انه يجب دية اليد لاغير والصحيح قول أبى حنيفة وفى الظهيرية ولو قطع رجل ثلاث أصابع من كف رجل خطا ثم قطع آخر أصبعين ثم شلت الكف من الجراحتين فعلى الاول دية ماقطع وعلى الثانى دية ماقطع ومابقى من الكف بعد الاصابع فهو نصفان فما يصيب صاحب الأكثر دخل ارش الاقل فى الاكثر وأما النصف الآخر ان كان الآخر قطع أصبعين فعليه خمسا دية الاصل وهو عشر الدية وفى الانملة حكومة عدل والظفر اذا نبت كما كان لاشئ فيه وان نبت على عيب فحكومة دون الاولى وفى الينابيع اذا قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ فعندهما فيه الدية ومافوق الكف والقدم ففيه حكومة عدل وعند أبى يوسف مافوق الكعب الى القدم تبع للاصابع واذا كسر يد عبد رجل أو رجله لايجب فى الحال شئ وفى الكافى ولو قطع اليد وفيها ثلاث أصابع فعليه ثلاثة أخماس دية اليد ولاشئ فى الكف بالاجماع وقاطع يد لا كف له فلاقصاص عليه فى الساعد وقال أبو يوسف اذا كانا سواء اقتص منه وعلى هذا الاختلاف اذا قطع كف رجل وفيها أصبع زائدة وفى يد القاطع أصبع زائدة ولو قطع اصبعا زائدا فى يده مثلها لاقصاص بالاجماع وقال أبو حنيفة فى الاقطعين والاشلين انه لاقصاص وهو قول أبى يوسف فى رواية الحسن عنه وكذلك مقطوع الابهام والاصبع كلها اذا قطع يدا أشل فلاقصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى الخانية ولو قطع أظافر اليدين أو الرجلين روى الحسن عن أبى حنيفة انه لاقصاص فيه وفيه حكومة عدل ولو كسر عظما من ساعد أو ساق أو ترقوة أو غيره ففيه حكومة عدل قال رحمه الله ﴿وضمنا ديتها﴾ أى ضمن القاطعان دية المقطوع لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فتجب فى مالهما لان العاقلة لاتتحمل العمد قال رحمه الله ﴿وان قطع واحد يمينى رجلين فلهما قطع يمينه ونصف

الدية﴾ يعنى اذا حضرا معا سواء كان القطع جملة واحدة أو على التعاقب وقال الشافعى ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول منهما ويغرم أرش اليد للثانى ولنا ان المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق ولا عبرة فى التقدم والتأخر كالغريمين فى الشركة وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد لتقرر السبب فى حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب فى حق الثانى ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا فى استحقاق رقبته ولو كان يمنع بالاول لما شاركه الثانى بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثانى بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة فاذا لم يمنع الاول بثبوت حق الثانى فيها استويا فيها يقطع لهما اذا حضرا معا لعدم الاولوية ويقضى لهما بنصف الدية يقسمانه نصفين لاستوائهما فيه بخلاف ما اذا كان القصاص فى النفس حيث يكتفى فيه بالقتل لهما ولا يقضى لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم وقدمناه مزيد بيان فارجع اليه قال رحمه الله ﴿وان حضر واحد فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية﴾ لان للحاضر ان يستوفى حقه ولا يجب عليه التأخير حتى يحضر الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال ان لا يطلب أو يعفو مجانا أو صلحا فصار كاحد الشفيعين اذا حضر والآخر غائب حيث يقضى له بالشفعة فى الكل لما قلنا ثم اذا حضر الآخر بعد ما قطعت للآخر وطلب يقضى له بالدية لان يده وفاؤها حق مستحق عليه فيضمنها السلامتها له ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد له الارش لان القصاص بالقضاء أثبت الشركة بينهما فعاد حق كل واحد منهما الى البعض فاذا عفا أحدهما فقد منع الآخر من استيفاء الكل ولهما ان الامضاء من القضاء فى العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب اليد التى فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما اذا قطعها أجنبى أو سقطت بآفة سماوية ولهما نصف الدية على حالها لانها واجبة قبل قطعها ولا تسقط بالقطع ظلما ثم القاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل فى قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الاول من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه فى القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء أخذ الارش لما ذكرنا وقدمناه مزيد بيان قال رحمه الله ﴿وان أقر عبد بقتل عمد يقتص منه﴾ وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ أو بالمال ولنا أنه غير متهم فى مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح ولان العبد يبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بآدميته ألا ترى ان اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فاذا صح لزمه ابطال حق المولى ضرورة وذلك لا يضر وكم من شئ يصح ضمنا وان كان لا يصح قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا لان موجبه بيع العبد أو الاستيفاء وكذا اقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على العبد شئ ولا يصح سواء كان العبد محجورا عليه أو ماذونا له فى التجارة لانه باطل قال رحمه الله ﴿وان رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر يقتص للاول وللثانى الدية﴾ لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطأ وهو الخطا فى الفعل فكانه رمى الى حربى وأصاب مسلما والفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر حكم الجناية الواحدة شرع فى ذكر الجنايات المتعددة لان الاثنين بعد الواحد قال رحمه الله ﴿ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالامرين ولو عمدين أو مختلفين أو خطأين تخلل بينهما برء أولا الا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة﴾ يعنى اذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القطع وموجب القتل ان كانا عمدين أو أحدهما عمدا والآخر خطأ أو كانا خطأين وتخلل بينهما برء وفى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب عليه دية واحدة فحاصله ان الكل لا يتداخل الا فى خطأين فانهما يتداخلان فيجب فيهما دية واحدة اذا لم يتخلل بينهما برء وان تخلل بينهما برء لا يتداخلان أما الاول وهو ما اذا كانا عمدين فالمذكور قول أبى حنيفة وعندهما يتداخلان فيقتل حدا ولا يقطع يده لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصار كالخطأين وهذا لان الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن لان القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة على حدتها يؤدى الى الحرج فيجمع تيسيرا الا ان لا يمكن بان يختلف حكم الفعلين كالعمد والخطأ أو يتخلل البرء بينهما لان البرء قاطع للسراية فلا يمكن ان يجعل الثانى تتميما للاول فيعتبر على حاله وأمكن

ذلك قبل البرء فصار كسراية الاول وله ان الجمع متعذر لان حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدر من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص فكذا اذا كان من شخص واحد فتقطع أولا يده ثم يقتلوه ان شاؤا وان شاؤا قتلوه من غير قطع لان القصاص يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى يكون باستيفائهما وبالاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيتخير الولى بخلاف ما اذا مات من السراية لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كان خطاين لان الموجب فيه الدية وهو بدل المحل والمقتول واحد ألا ترى ان عشرة لو قتلوا واحدا خطا يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وان تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص جزاء الفعل وهو متعدد وان اتحد ولان ارش اليد لو وجب كان يجب عليه عند الجزاء لانه وقت استحكام أثر الفعل ولا سبيل اليه لانه حينئذ تجب دية النفس بالجزاء فيجتمع وجوب بدل الجزاء والكل فى حالة واحدة وهو محال ولو وجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحدة ديات كثيرة للاطراف لانها تتلف بتلف النفس أما القتل والقطع فتقاصان فامكن اجتماعهما وبخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقطع لاتحاد الفعل وأما الثانى وهو ما اذا كانا مختلفين بان كان أحدهما خطا والآخر عمدا والثالث وهو ما اذا كانا خطاين وتخلل بينهما برء فلان الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين فى الاولى ولتخلل البرء فى الثانى وهو قاطع للسراية فيعطى لكل فعل حكم نفسه وقوله الا فى خطاين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة هذا اخراج من قوله أخذ بالامرين أى موجبى فعله الا فى هذه الصورة فانهما يتداخلان لا يؤخذ الا بالقتل فيجب فيه دية النفس لا غير وقد بيناوجهه فى اثناء البحث وقوله كمن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة يعنى تجب فيه دية واحدة كما اذا كان القطع والقتل خطاين ولم يتخلل بينهما برء وانما كان كذلك لان الضربات التى برأ منها ولم يبق لها أثر سقط أرشها لزوال الشين وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعن أبى يوسف فيها حكومة عدل وعن محمد انه يجب فيها أجرة الطبيب وثمن الادوية وستأتى المسئلة بادلتها فى فصل الشجاج ان شاء الله تعالى ولو بقى لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين فى النفس وهو ببقاء الاثر ولو قطع أصبعه أو يده ثم قطع الآخر ما بقى من اليد فمات كان القصاص على الثانى فى النفس دون الاول ويقطع أصابع الاول أو يده وقال زفر والشافعى يقتلان لهما ان زوال الحياة مضاف الى القطعين لانه اتصل الموت بهما قبل البرء وزوال أثرهما وليس أحدهما باضافة الازهاق اليه أولى من الآخر فاضيف اليهما كما لو قطع كل واحد منهما يدا على حدة قبل البرء ولنا ان زوال الحياة ٧ ألم الثانى غير قطع الاول فصار زوال الحياة مضافا الى القطع الثانى فصار الثانى قتلا دون الاول بخلاف ما لو قطع كل واحد يدا على حدة أو أصبعا على حدة لان محل قطع الاول قائم وقت الموت فيتصور منه حدوث زيادة الالم فحصل بالم حدث بالقطعين فصار الموت مضافا اليهما واذا قطع المفصل الاعلى من أصبع رجل فبرئ ولم يقتص حتى قطع مفصلا آخر من تلك الاصبع يقطع له المفصل الاعلى دون الاسفل وعليه ارش الاسفل لان القصاص مبناه على المساواة وحال قطع الثانى لا يمكن المساواة لسلامة أصبع القاطع وفوات مفصل المقطوع ولان أصبع القاطع وان كانت مستحقة بالقصاص ولكن ملك القصاص ملك ضرورة لا يثبت الا عند الاستيفاء فقتله يكون مقصودا به مملوكية صاحبه ولهذا قلنا لو قطعت يد من عليه القصاص ان كان عمدا يجب القصاص وان كان خطا يجب الارش له لا لمن له القصاص لانه لم توجد المساواة حال قطع الثانى وكذلك لو أبرا الثانى ثم قطع المفصل الثالث ولو لم يكن بين القطعين برء وجب له القصاص فى كل الاصابع يقطعها من أصلها مرة واحدة لانه لم يتخلل بين القطعين برء وجعلنا كلا الفعلين جناية واحدة كانه قطع ابتداء من المفصل الثانى بفعل واحد وفى المبسوط أصله ان تعذر استيفاء القصاص لتعذر القتل انه متى جاء من قبل القاتل فصار الى المال اعتبارا بالخطا فان هناك امتنع استيفاء القصاص بمعنى من جهة القاتل وهو الخطا فاذا تعذر صيانة استيفاء القصاص من قبل من له الحق لا يصار الى المال لان الشرع غير حقه فى القصاص لكن هو الذى فوته وفرط باتيان ما أعجزه فاهدره فلم يبق مستحقا للنظر واذا اقر القاتل بالخطأ وادعى الولى العمد لم يقتص ولزمه الدية استحسانا وقال زفر لا يلزمه شئ قياسا لان ما أقر به لم يثبت لانه كذبه المدعى فى اقراره بمقتضى دعواه القصاص وصار كما لو أقر القاتل بالعمد وادعى الولى الخطأ لا يلزمه شئ فكذا هذا ولنا انهما تصادقا على القتل الا انه تعذر استيفاء القصاص بمعنى من قبل القاتل وهو دعوى الخطأ فتجب الدية

صونا لدمه عن الهدر ولان فى زعم الولى ان القصاص هو الواجب الا انه لما أقر بالخطا فقد أقر بالمال وللولى ترك القصاص وأخذ المال ولم يكن به صريحا فيكون له أخذ المال ولو أقر بالعمد وادعى الولى الخطا بطل حقه لان تعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق الزيادات ولو ادعى الولى العمد على رجلين فقال أحدهما أنا قطعت يده عمدا وهذا الآخر قطع رجله عمدا وأنكر الآخر الجناية قال يقتص من المقر لانهما تصادقا على وجوب القود ولم تمكن الشبهة فيه حين أنكر الآخر الجناية لان تمكن الشبهة انما يكون باختلاط الموجب وغير الموجب فى المحل وذلك لا يتصور قبل وجود الجناية من الآخر واذا ادعى الولى الخطأ فلا شئ على المقر لانه لما أنكر الآخر الجناية صار كالعدم فبطل دعواه الخطأ أو باقرار القاتل بالعمد فى هذا لا يجب شئ وان مات رجل من قطع يده ورجله فقال رجل قطعت يده عمدا وقال قطع عمرو رجله عمدا فقال الولى بل أنت قطعتهما يجب القصاص عليه لانهما تصادقا على وجوب القصاص والشركة لم تثبت لعدم دعواه فان قال الولى لا أدرى من قطع رجله فلا شئ على قاطع اليد لان قاطع الرجل مجهول يجوز ان يكون خاطئا أو صبيا أو مجنونا فتعذر ايجاب القصاص وتعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق فان جهل قاطع الرجل جهل قاطع اليد فلا يجب المال ولو قال الولى بعد ذلك فلان قطع رجله عمدا وأنكر فلان ليس له ان يقتل المقر قياسا وله ان يقتله استحسانا لان الولد لا يعرف قاتل أبيه عند كثرتهم فيعذر فى التناقض وعبر المؤلف بمن التى لفظها مفرد ومعناه جمع لانه لا فرق فى الحكم بين ما اذا كان الفاعل مفردا أو متعددا قال رحمه الله ﴿فان عفا المقطوع عن القطع فمات منه ضمن القاطع الدية ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال﴾ يعنى لو قطع يد رجل عمدا أو خطأ فقال المقطوع عفوت عن القطع فمات ضمن القاطع فى العمد الدية بخلاف ما لو قال عفوت عن الجناية كما سيأتى وأطلق المؤلف فى قوله فالخطا من ثلث المال ولم يفرق بين ما اذا كان العافى يخرج ويجيء أو كان لا يخرج ولا يجيء وسيأتى بيانه وقوله باطلاقه قول الامام وفى الجامع الصغير رجل قطع يد رجل ظلما عمدا فعفا المقطوع يده عن القطع ثم سرى الى النفس ومات أو شج انسان موضحة عمدا فعفا المشجوج رأسه عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات يجب ان يعلم بان هنا مسئلتين أحدهما فى العمد والاخرى فى الخطا وكل مسئلة على وجوه اما ان يقول المقطوعة يده عفوتك عن الجناية أو يقول عفوتك عن القطع وما يحدث منه فان كانت الجناية عمدا فقال المقطوعة يده أو قال المشجوجة رأسه عفوتك عن الجناية صح العفو وبرئ من القطع أو الشجة أو مات حتى لا يجب شئ فى الحالين ثم تصح البراءة عن جميع المال سواء برئ أو مات وان قال عفوتك عن القطع ولم يقل وما يحدث من القطع أو قال عفوتك عن الشجة ولم يقل وما يحدث منها صح العفو عندهم جميعا فلو مات تجب الدية قال أبو حنيفة مع ان العفو باطل والقصاص أن يجب على المعفو عنه القصاص الا انى استحسن وجوب الدية فى ماله وقال أبو يوسف ومحمد بان العفو عنه جائز ولا شئ على المعفو عنه لا القصاص ولا الدية هذا الذى ذكرنا اذا كانت الجناية عمدا فاذا كانت خطا ان عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه صح العفو سواء برئ أو مات الا انه ان عفا فى حال يخرج ويجيء ويذهب بعد الجناية وانه على قول بعض المشايخ يعتبر من جميع ماله وذكر فى المنتقى فى هذه الصورة انه يعتبر من ثلث المال وان عفا عن القطع ان اقتصر عن القطع ان برأ صح العفو بلا خلاف من جميع المال وان صار قاتلا فعلى قول أبى حنيفة العفو باطل وكان على عاقلة القاتل الدية وعندهما العفو جائز كما لو عفا عن القطع وعما يحدث منه الا انه ان عفا فى حالة حكم الصحة بان كان يذهب ويجيء يصح من جميع المال وعلى قياس رواية المنتقى من ثلث المال وان عفا فى حال حكم المرض بان صار صاحب فراش يعتبر من ثلث المال ولو قال عفوت عن الجناية أو عن القاطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس بالاجماع حتى اذا مات سقط كل الدية فيه غير انه يعتبر من الثلث فى الخطا لان موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله بخلاف ما اذا كان عمدا حيث يصح من جميع المال لان موجبه القصاص ولم يتعلق بحق الورثة لانه ليس بمال قال فى العناية فيه بحث وهو ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه ان المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافى بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس فى المال أيضا ان لا يثبت فيه تعلق حق الورثة الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه الصلاة والسلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق

بتعلق

بتعلق حقهم بما يتعلق به التصرف فيه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث اهـ أقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص ثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة منه كالدين والدية فقوله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وثبت بطلانه هناك أيضا فتذكر وأما الثاني فلانه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند امامنا الاعظم بل سبق الكلام على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا ترى الى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكونه موروثا وفي المحيط ويكون هذا وصية للعاقلة سواء كان القاتل واحدا منهم أو لم يكن لان الوصية للقاتل اذا لم تصح للقاتل تصح للعاقلة كمن أوصى لحي وميت فالوصية كلها للحي اهـ وظهر هنا من قول صاحب المحيط وصية للعاقلة فساد ما اعترض به من أن الوصية للقاتل لا تصح ومن أن القاتل كواحد من العاقلة فكيف جازت الوصية له بجميع الثلث فتأمل ويظهر من أن القول بانه وصية انه لو لم يكن له مال في العمد تسعى العاقلة في ثلثي الدية وفي الخطا ان خرجت الدية من الثلث فلا سعاية ولو لم تخرج من الثلث يسقط بقدر ما يخرج وتسعى العاقلة في البقية كما سيأتي في نظائره في كتاب الوصايا وهذا من خصائص هذا الكتاب قال رحمه الله ﴿وان قطعت امرأة يد رجل عمدا فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها والدية في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ﴾ يعني لو تزوج امرأة على قطعها يده عمدا فمات الزوج منه فلها مهر مثلها والدية في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ وهذا قول الامام ولم يفصل المؤلف بين ما اذا مات قبل الدخول أو بعده لكن في قوله مهر المثل يشير الى انه بعد الدخول وفي الكافي اما أن يكون القطع عمدا أو خطأ وكل مسئلة على ثلاثة أوجه اما أن تزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث منه أو على الجناية وقد برئ من ذلك أو مات فان كان القطع عمدا وبرئ من ذلك صحت التسمية وصار أرش اليد مهرا لها عندهم جميعا قال الشارح فاذا كان القطع عمدا فهذا تزوج على القصاص في الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط أولا فاذا لم يصلح مالا لا يصلح مهرا فيجب لها مهر المثل اذا مات ولا يجب القصاص لا يقال لا يجري القصاص بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون تزويجا عليه لانا نقول الموجب الاصلي في العمد القصاص وانما سقط للتعذر ثم تجب عليه الدية فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم العفو عن النفس وذلك في مالها لان العاقلة لا تتحمل العمد اهـ قال في النهاية فان قلت لم لم يجب القصاص ههنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهي قتل من الابتداء فاذا مات ظهر أن الموجب الاصلي هو القصاص ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوج ولم يذكر شيأ وفيه القصاص فكذا ههنا قلت نعم كذلك الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت القصاص تستوفيه من نفسها وهو محال ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء اهـ ولو تزوجها على موجب القطع جاز فان طلقها بعد الدخول بها أو مات عليها سلم لها جميع الارش وان طلقها قبل الدخول بها سلم لها من ذلك ألفان وخمسمائة ورد على الزوج ألفان وخمسمائة لانه تزوجها في الحاصل على خمسة آلاف فان طلقها قبل الدخول بها يسلم لها نصف ذلك ويلزمها أن ترد النصف على الزوج هذا اذا برأ من القطع وان مات من ذلك فالتسمية باطلة عندهم جميعا ولها مهر مثلها وقيد بقوله مهر مثلها المفيد انه بعد الدخول لا قبل الدخول فلها المتعة ثم القياس أن لا تجب عليها الدية في قول أبي حنيفة وفي الاستحسان تجب الدية في مالها وعلى قولهما صح العفو ولم يكن عليها لا قصاص ولا دية لو مات هذا اذا تزوجها على القطع قيد بذكر اليد فقط لانه اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه ان برئ من ذلك صار أرش يده مهرا لها عندهم جميعا ويسلم لها ذلك وان كان أكثر من مهر مثلها وان مات من ذلك بطلت التسمية وكان لها مهر مثلها وسقط القصاص مجانا بغير شيء ولا ميراث لها من زوجها لانها قاتلته وعليها عدة المتوفى عنها زوجها وقيد بقوله عمدا لانها اذا كانت الجناية خطأ وقد تزوجها على القطع ان برئ من ذلك صار أرش يده مهرا لها فان دخل بها أو مات عنها سلم لها جميع ذلك وسقط عن العاقلة وان طلقها قبل الدخول بها سلم لها نصف ذلك وذلك ألفان وخمسمائة وتؤدي العاقلة ألفين وخمسمائة الى زوجها فاما اذا مات من ذلك بطلت التسمية في قول أبي حنيفة وكان لها مهر مثلها وعلى عاقلتها دية الزوج وعندهما تصح التسمية وتصير دية الزوج مهرا لها فاما اذا تزوجها على القطع وما يحدث أو على الجناية ان برئ من ذلك صار أرش يده مهرا لها وان مات ثم ينظر الى مهر مثلها والى الدية فان كان مهر المثل مثل الدية لا شك أن الكل يسلم لها سواء

تزوجها بعد القطع فى حال مايجىء ويذهب أو بعد ماصار صاحب فراش وان كان مهر مثلها أقل من الدية فان كان تزوجها فى حال يجىء ويذهب فالكل يسلم لها وان كانت الزيادة الى تمام الدية تخرج من ثلث مال الزوج وتعتبر الزيادة على مهر مثلها وصية للعاقلة وان كانت لاتخرج الزيادة على مهر مثلها من ثلث ماله فبقدر مايخرج من الثلث يسقط عن العاقلة ويعتبر ذلك وصية لهم هذا اذا لم يطلقها الزوج قبل موته حتى مات فان طلقها قبل موته قبل الدخول بها سلم لها من ذلك خمسة آلاف مهر مثلها وصية للعاقلة ويسقط عن العاقلة وان كان مهر مثلها أقل من خمسة آلاف ان كانت الزيادة على غير مهر مثلها الى تمام خمسة آلاف يخرج من ثلث ماله فكذا يسقط عن العاقلة خمسة آلاف وان كان لايخرج فبقدر مايخرج من الثلث مقدار مهر مثلها يسقط عن العاقلة ويردون الباقى الى ورثة الزوج وكذلك ان تزوجها على الجناية فالجواب فيه من أوله الى آخره كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع ومايحدث به اسمعيل بن عمار عن أبى يوسف فى رجل قتل عمدا وله وليان فصالح أحد وليى المقتول القاتل عن جميع الدين على خمسين ألفا فالذى صالح خمسة وعشرون ألفا وللآخر الباقى هذا اذا تزوجها المقطوع يده فلو تزوجها وليه قال امرأة قتلت رجلا خطأ فتزوجت ولى المقتول على الدية التى وجبت على العاقلة فذلك جائز والعاقلة برآت فان طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية رجل شج رجلا موضحة عمدا وصالحه المشجوج عن الموضحة ومايحدث منها على مال مسمى قبضه ثم شجه رجل آخر موضحة عمدا ومات من الموضحتين فعلى الآخر القصاص ولاشىء على الاول وكذلك لو كان الصلح مع الاول بعد ماشجه الآخر قال أبو الفضل فقد استحسن فى موضع آخر من هذا الكتاب ان له القصاص على الآخر اذا كان شجه بعد صلح الاول رجل شج رجلا موضحة عمدا وصالحه عنها ومايحدث عنها على عشرة آلاف درهم وقبضها ثم شجه آخر خطأ ومات منها فعلى الثانى خمسة آلاف درهم على عاقلته ويرجع الاول فى مال المقتول بخمسة آلاف درهم وان كانت الشجتان عمدا جاز اعطاء الاول وقتل الآخر الاسبيجابى جامع الفتاوى وعن أبى يوسف فى جامعه اذا صالح الشاج من موضحة الخطأ على خمسمائة درهم ثم مات منها يحط عن العاقلة الثلث وبطل الصلح ويرجع الشاج بما دفع وفى الكبرى وهذا الجواب على قولهما خاصة أما على قول أبى حنيفة فالصلح والعفو عن الشجة لايتناول مايحدث منها فاذا مات المشجوج ههنا صار وجود الصلح كعدمه عنده ولو انعدم الصلح عنده فالدية على عاقلة الشاج كذا هنا وفى الظهيرية وان وقع الصلح على خمسة عشر ألفا بعد قضاء القاضى بعشرة آلاف فهذا الصلح باطل لما فيه من الزيادة على الدية وان كان المقضى به مائة من الابل فاصطلحا على مائة وخمسين ان وقع الصلح نسيئة لاشك أنه لايجوز وان كان يدا بيد ان كانت الابل باعيانها ثم اصطلحوا على مائة وخمسين من الابل باعيانها كان ذلك جائزا هذا اذا وقع الصلح على أكثر من النوع الذى وقع به القضاء أما اذا وقع الصلح على أقل مما وقع به القضاء فانه يجوز حالا ونسيئة واذا اصطلحا على خلاف جنس ماوقع به القضاء وقد صالحه على أكثر مما قضى به فانه يجوز هذا الذى ذكرنا اذا اصطلحا بعد القضاء أو الرضا أما اذا اصطلحا قبل القضاء ان كان المصالح عليه أكثر من الدية فانه لايجوز ابن سماعة عن محمد فى رجل جرحه رجلان جراحة عمدا فقضى بالقصاص على أحدهما ثم بات من الجراحتين قال لورثته ان يقتلوا الآخر ولو جرحه رجل جراحة عمدا وعفا عنه ثم جرحه آخر عمدا فلم يعف حتى مات منهما فلا قود على الثانى وسئل أبو سلمة عن جماعة كانوا يرمون كل على كاب عقور فأخطأ واحد منهم فاصاب صغيرة فماتت وعرف ان هذا سهم فلان ولكن لم يشهد أحد انه رماه فلان فصالح صاحب السهم على كرم ثم طلب المصالح رد الصلح قال ان كان يعلم ان المصالح هو الذى جرحها وان الصبية ماتت من تلك الجراحة فالصلح ماض فان علم ان الجارح صاحب السهم ولكن استغاثت الصغيرة بابيها فلطمها أبوها فسقطت وماتت ولم يدر انها ماتت من اللطمة أو من الرمى قال فان كان الصلح من الاب باذن سائر الورثة فالصلح جائز والبدل لسائر الورثة ولاميراث للاب وان كان الميراث بغير اذنهم فالصلح باطل وفى نوادر هشام قال سألت محمدا عن قلع سن صبى أو حلق رأس امرأة فصالح الجانى أبا الصبى أو المرأة على دراهم ونبت الشعر أو السن فاخبر ان أبا حنيفة يرد الدراهم قال وكذلك أقول وكذلك قول محمد قال وكذلك ان كان هذا كسر يده فصالحه عنها ثم جبرت وصحت قال نعم قلت فان زعم صاحب اليد ان يده قد ضعفت وليست كما كانت قال آمر من ينظر اليها فانه لايكاد يخفى قال رحمه الله ﴿وان تزوجها على اليد ومايحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها مهر المثل﴾ كما لو تزوجها على خمر أو خنزير وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ولاشىء عليها﴾ لانه رضى بسقوط القصاص على انه يصير مهرا وهو

لايصير مهرا فسقط أصلا فصار كما اذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط مجانا وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ماترك وصية﴾ لان التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها هنا الدية وهى تصلح مهرا فصحت التسمية الا انه بقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لانه ليس فيه محاباة والمريض لايحجر عليه من التزوج لانه من الحوائج الاصلية فينفذ قدر مهر مثلها من جميع المال وما زاد على ذلك من الثلث لانه تبرع والدية على عاقلتها وقد صارت مهرا فتسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر ولا يرجع عليهم بشئ لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا صار ذلك ملكا لها يسقط عنهم أصلا فلا يغرمون لها وان كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم أيضا لانه وصية لهم فيصح لانهم أجانب وان كان لايخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة الى الولى لان الوصية لانفاذ لها الا من الثلث ثم قيل لايسقط قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لاتصح والاصح أنه يسقط كله لانه أوصى لمن تجوز له الوصية فهو كمن أوصى لحى وميت فان الوصية كلها تكون للحى ولانه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فتتحمله العاقلة عنه فينقسم أيضا فيلزم مثل ذلك عن نصيبه منه أيضا ثم هكذا وهكذا الى أن لايبقى منه شئ فلو أبطلنا الوصية فى صحته ابتداء لزمنا تصحيحها انتهاء فصححناها ابتداء قصر المسافة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد أيضا لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب فى الفصلين واحدا أقول فى عبارة المصنف احتمال آخر وهو انه يجوز أن يكون معناها وللعاقلة ثلث ماترك الميت وصية فيشمل الدية وغيرها ولو قال المؤلف ولو خطأ دفع عن العاقلة مهر مثلها والباقى وصية فان خرج من الثلث سقط والا فثلث المال لكان أولى وقول المؤلف رفع الى آخره فأفاد ان مهر المثل أقل من الدية كما بيناه قال رحمه الله ﴿ولو قطع يده فاقتص له فمات الاول قتل به﴾ يعنى رجل قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع الاول قتل المقطوع الثانى به وهو القاطع الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتلا عمدا من الاول واستيفاء الحق الاول لايوجب سقوط حقه فى القتل لان من له القصاص فى النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لايجب عليه شئ الا انه مسىء ألا ترى انه لو أحرقه بالنار لايجب عليه شئ غير الاساءة فاذا بقى له فيه القصاص فلوارثه أن يقوم مقامه وعن أبى يوسف أنه يسقط حقه فى القصاص لان اقدامه على القطع دليل على انه أبرأه عن غيره قلنا انما اقدم عليه على ظن ان حقه فيه لاحق له فى غيره وبعد السراية تبين ان حقه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون علمه قيد بقوله الاول لانه لو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لاشئ عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم سرايته اذ الامتناع عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص فصار كالامام واذا قطع يد السارق فسرى الى النفس ومات كالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدى فقطعها ومات وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلا يتصور ان يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة ولابى حنيفة ان حقه فى القطع والموجود قتل حتى لو قطع ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ماذكروا من المسائل لان اقامة الحد واجب على الامام قال رحمه الله ﴿وان قطع يد القاتل وعفا ضمن القاطع دية اليد﴾ وهذا عند الامام قال فى الكافى ولافرق بين ما اذا قضى له بالقصاص أولا وعندهما لاشئ عليه يعنى لو قتل انسان آخر عمدا فقطع ولى المقتول يد القاتل وعفا ضمن الدية أطلق فشمل ما اذا كان قتل فقط أو قتل وقطع وما اذا مات من القطع أو برأ وليس كذلك فلو قال المؤلف فى قتل فقط لكان أولى لانه علم مما تقدم لو قطع وقتل له فعلهما ولو قال دية اليد لو برأ لكان أولى لانه محل الخلاف لهما انه قطع يدا من نفس لو أتلفها لايضمن كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم سرى وهذا لانه استحق اتلافه بجميع أجزائه اذ الاجزاء تبع للنفس فبطل حقه بالعفو فيما بقى لافيما استوفاه ولهذا لو لم يعف لايجب عليه ضمان اليد وكذا اذا عفا ثم سرى لايضمن والقطع السارى أفحش من المقتصر أو قطع وما عفا وما سرى ثم حز رقبته قبل البرء وبعده فصار كما لو كان له قصاص فى اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فانه لايضمن ارش الاصابع والاصابع من الكف كالاطراف من النفس ولابى حنيفة انه استوفى غير حقه فيضمن وهذا لان حقه فى القتل لافى القطع وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط القود وجبت الدية وانما لم يضمن فى الحال لاحتمال أن

يصير قتلا بالسراية فيظهر انه استوفى حقه وحقه فى الطرف ثبت ضرورة ثبوت القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لاقبله فاذا وجد الاستيفاء ظهر حقه فى الاطراف تبعا واذا لم يستوف لم يظهر حقه فى الطرف لاأصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه فاما اذا لم يعف فانما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق فى النفس لاستحالته أن يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة عليه فان زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سرى فهو استيفاء للقتل فتبين أن العفو كان بعد الاستيفاء ولو قطع وما عفا وبرأ فهو على الخلاف فى الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية وكان حز رقبته تتميما لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف فى الصحيح على انا لانسلم ظهور حقه عند الاستيفاء فى التوابع وانما دخلت فى النفس لعدم امكان التحرز عن اتلافها والاصابع تابع قياما والكف تابع لها عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف فانه تابع للنفس من كل وجه والله أعلم

﴿باب الشهادة فى القتل﴾

لما كانت الشهادة فى القتل أمرا متعلقا بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لان مايتعلق بالشئ يكون أدنى درجة من ذلك الشئ قال رحمه الله ﴿ولايقيد حاضر بحجته اذا أخوه غاب عن خصومته فان يعد لابد من اعادته ليقتلا ولو خطأ أو دينا لا﴾ يعنى اذا قتل رجل وله وليان بالغان عاقلان أحدهما حاضر والآخر غائب فاقام الحاضر بينة على القتل لايقتل قصاصا فان عاد الغائب فليس لهما أن يقتلا بتلك البينة بل لابد لهما من اعادة البينة للقتل عند الامام وقالا لايعيد ولو كان القتل خطأ أو دينا لايعيدها بالاجماع وأجمعوا على أن القاتل يحبس اذا أقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس وأجمعوا على انه لايقضى بالقصاص مالم يحضر الغائب لان المقصود القصاص والحاضر لايتمكن من الاستيفاء بالاجماع بخلاف ما اذا كان خطأ أو دينا فانه يتمكن من استيفاء نصيبه فى غيبة الآخر فلم تجب اعادتها بعد والوارث ينتصب خصما عن نفسه وعن شركائه فيما يدعى للميت وعلى الميت ولابى حنيفة أن القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفى ودرك الثار والميت ليس من أهله وانما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت أى يقومون مقامه فيستحق به ابتداء من غير أن يثبت للميت كالعبد يقبل الهدية يقع الملك فيها للمولى ابتداء بطريق الخلافة عنه وانما كان كذلك لان القصاص ملك الفعل فى المحل بعد موت المجروح ولايتصور الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب انعقد له وفى قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية والدين لان الميت أهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته يملكه وأصل الاختلاف راجع الى أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتداء لاينتصب أحدهم خصما عن الآخرين فى اثبات حقهم بغير وكالة منه وباقامة الحاضر البينة لايثبت القصاص فى حق الغائب فيعيدها بعد حضوره ليتمكن من الاستيفاء ولايلزمه ان القصاص اذا انقلب مالا يصير حقا للميت لانه اذا انقلب مالا صار صالحا لقضاء حوائجه فصار مفيدا بخلاف القصاص ولايصح الاستدلال بصحة عفو المورث لانه انما يصح فى جواب الاستحسان لوجود سببه على ما بينا وهو أى الاستدلال معارض بعفو الوارث فانه يجوز أيضا قبل موت المورث بعد الجرح استحسانا لوجود السبب فلولا أن الحق يثبت فيها له ابتداء لما صح عفوه أقول فيه بحث لان ماتمسكا به لاينهض حجة على أبى حنيفة رحمه الله وماتمسك به ينهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع وذلك أن القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث بناء على أن القصاص لايثبت الا بعد الموت والميت ليس من أهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفى ودرك الثار والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذى هو الجناية فى حق المورث وقد صرح به كثير من أصحاب الشروح فأبو حنيفة رحمه الله راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتيالا للدرء وقال بصحة العفو منه أيضا احتيالا للدرء أيضا وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فيتجه عليهما المؤاخذة بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث بالاجماع فتدبر قال رحمه الله ﴿فان أثبت القاتل عفو الغائب لم يعد﴾ معناه أن القاتل لو أقام بينة أن الغائب قد عفا عنه كان الحاضر خصما وسقط القصاص ولاتعاد البينة لو حضر لانه ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه فى القصاص وانقلاب

بنصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى الاثبات عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له قال رحمه الله ﴿وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب﴾ أى لو كان عبد بين رجلين فقتل عمدا واحد المولين غائب فحكمه مثل ماذكرنا فى أحد الوليين حتى لا يقتل ببينة أقامها الحاضر من غير اعادة بعد عود الغائب ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لما بينا حاصله ان هذه المسئلة مثل الاولى فى جميع ماذكرنا الا انه اذا كان القتل عمدا أو خطا لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالاجماع والفرق لهما فى الكل ولأبى حنيفة فى الخطا ان أحد الورثة خصم عن الباقين على ما بيناه ولا كذلك أحد المولين على ماعرف فى موضعه وقدمنا له مزيد بيان عند ذكر الكبير والصغير فارجع اليه قال رحمه الله ﴿وان شهد وليان بعفو ثالثهما لغت﴾ أى اذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث انه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران لانفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو عفو منهما وزعمهما معتبر فى حق أنفسهما أطلق فى قوله بعفو ثالثهما فشمل ما اذا كان فى العمد والخطا وقيد فى المحيط الخطا حيث قال فشهادتهما جائزة فى الخطا اذا لم يقبضا نصيبهما اهـ وانما قيد به لانهما اذا قبضا نصيبهما لم يحتاجا الى اثبات عفو الغائب لان العفو حصل منهما وهو قيد حسن لا بد منه ولو قيد به المؤلف لكان أولى وذكر فى المبسوط فى كتاب الصلح والمأذون فى دين بين ثلاثة شهد اثنان على الثالث انه أبرأ عن نصيبه لا تقبل لان شهادتهما تجر لانفسهما غبطا لان شهادتهما تقطع شركة المشهود عليه فى الباقى من الدين فلا تقبل كما لو شهدا انه أبرأه عن نصيبه بعد ما قبضا نصيبهما وجه هذه الرواية التى ذكرها المؤلف انهما بشهادتهما لا يثبتان لانفسهما حق المشاركة للمشهود عليه لانهما لم يقبضا شيأ من الدين ولو حولا نصيبهما مالا وانما منعت ثبوت المشاركة للمشهود عليه متى قبضا نصيبهما والشاهد يملك المنع ولا يملك الابطال واذا شهد شاهدان بالعفو على الخطا فقضى به ثم رجعا ضمنا ما أتلفاه نصفين لانهما أبطلا على المشهود عليه دينا مؤجلا فيضمنان لذلك شهد شاهدان على ولى الدم أنه أخر القاتل اليوم الى الليل على جعل معلوم لم يكن عفوا ولا مال له لان تأخير الحق لا يقتضى سقوطه فكذا تأجيل القتل لا يقتضى سقوطه والمال باطل لانه لو وجب وجب عوضا عن الاجل والاعتياض عن الاجل باطل ولو شهدا على انه أخذ الجعل على ان يعفو عنه يوما كان صلحا لانه عفا عن القصاص يوما والعفو لا يقبل التأقيت فصح العفو و بطل التأقيت وصار كما لو طلق امرأته وأعتق عبده على ألف الى الليل جاز الصلح و بطل التأقيت فكذا هذا وقوله على ان يعفو لم يخرج مخرج العدة وانما يراد به الاخبار كالرجل يقول للمرأة تزوجتك على ألف درهم فقبلت فهو نكاح فكان المراد منه الايجاب فكذا هذا قال رحمه الله ﴿فان صدقهما القاتل فالدية لهم اثلاثا﴾ أى صدقهما القاتل دون الولى المشهود عليه لان تصديقه لهما اقرار لهما بثلثى الدية و يلزمه لانهم كانوا يزعمون ان نصيب الولى المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه فوجب عليه كل الدية وللمنكر ثلثها قال رحمه الله ﴿وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية﴾ أى ان كذبهما القاتل أيضا بعد ان كذبهما الولى المشهود عليه بالعفو فلا شئ للوليين الشاهدين لان شهادتهما عليه اقرار ببطلان حقهما عليه فى القصاص فصح اقرارهما فى حق أنفسهما وان ادعيا انقلابهما مالا فلا يصدقان فى دعواهما الا ببينة وللولى المشهود عليه ثلث الدية لان شهادتهما عليه بالعفو وهو ينكر بمنزلة اقرارهما بالعفو فينقلب نصيبهما مالا وفى النهاية وان كذبهما المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثا فجعل الضمير فاعل كذبهما المشهود عليه لا القاتل قال الشارح وان صدقهما الولى المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولى المشهود عليه لانه أقر له بذلك فان قيل كيف له الثلث وهو قد أقر انه لا يستحق على القاتل شيأ بدعواه العفو قلنا ارتد اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب له ثلث الدية عليه وفى الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح لان المشهود عليه يزعم انه قد عفا أولا شئ له وللشاهدين على القاتل ثلث الدية دينا فى ذمته والذى فى يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان على ألف درهم فقال المقر له ليس ذلك لى وانما هو لفلان فانه يصرف اليه فكذا هنا وهذا كله استحسان والقياس ان لا يلزم القاتل شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له وجوابه ان القاتل بتكذيب الشاهدين فقد أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط بشهادتهما كما اذا عفا والمقر له لم يكذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب الى غيره

فجعل الواجب للشاهدين وفى مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان على كذا فقال المقر له ليس لى ولكنه لفلان على ما بينا قيد المؤلف بقوله ولو شهد اثنان وان كان الحكم فى الواحد كذلك لانه اذا علم ان شهادة الاثنين باطلة علم ببطلان شهادة الواحد الفرد من باب أولى ولم يتعرض لما اذا شهدا معا أو متعاقبا ونحن نذكر ذلك ونذكر شهادة الفرد تتميما للفائدة قال فى المبسوط له وليان اثنان فشهد أحدهما على صاحبه انه عفا فهو على قسمين اما أن يشهد أحدهما على صاحبه بالعفو أو يشهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو أما القسم الاول فهو على خمسة أوجه اما ان يصدقه صاحبه والقاتل جميعا أو كذباه أو كذبه صاحبه وصدقه القاتل أو على عكسه أو سكتا جميعا فالعفو واقع فى الفصول كلها لان الشاهد متى أقر بعفو صاحبه فقد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه واذا سقط يسقط فى نصيب الآخر كما لو عفا الشاهد عن نصيبه وأما الدية ان تصادقا فللشاهد نصف الدية لان الثابت بالتصادق والموافقة كالثابت بالمعاينة وان كذباه فلا شئ للشاهد ويجب للآخر نصف الدية لانه لما شهد بالعفو فقد أقر ببطلان حقه فى القصاص فصح وادعى انقلاب نصيب نفسه مالا فلم يصدق ويحول نصيب الآخر مالا لان تعذر استيفاء القصاص فى نصيبه من جهة غيره لان سقوط القصاص مضاف الى شهادته بالعفو فكان بمنزلة العفو منه وان كذبه صاحبه وصدقه القاتل ضمن الدية بينهما لانه لما صدقه فقد أقر له بنصف الدية فلزمه وادعى بطلان حق المشهود عليه بالعفو فلم يصدق نصيب الساكت مالا لان فى زعم الشاهد ان نصيبه تحول مالا بعفو صاحبه والقاتل صدقه فيه فوجب له نصف الدية على القاتل وفى نصيب صاحبه لم يسقط من جهته لانه لم يثبت عفوه فى حقه لتكذيبه وانما سقط باقرار الشاهد فينقلب نصيبه مالا وان كذبه القاتل وصدقه صاحبه ضمن نصف الدية للمشهود عليه ولا يضمن للشاهد شيأ وقال زفر لاشئ لهما لان العفو ثبت فى حقهما بتصادقهما ولم يثبت فى حق القاتل لتكذيبه فسقط نصيب الشاهد ولم يجب لتكذيب نصف الدية فيبرأ القاتل ولنا ان القاتل لما أكذب الشاهد فى الشهادة بالعفو فقد كذبه فيما ادعى عليه من نصف الدية وأقر للمشهود عليه بنصف الدية فى ماله لانه زعم ان نصيب المشهود عليه انما سقط لمعنى جاء من قبل الشاهد لا من جهته فانه أنكر عفو المشهود عليه والمشهود عليه لما صدق الشاهد فى شهادته فقد أقر بذلك المال للشاهد والمقر له بالمال اذا قال للمقر ما أقررت به ليس لى وانما هو لفلان كان المقر به لفلان كمن أقر بمائة لزيد فقال زيد هى لعمرو وصارت المائة لعمرو فكذا هذا وأما القسم الثانى لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو فلا يخلو اما ان يشهدا معا أو متعاقبا فان شهدا معا ان كذبهما القاتل بطل حقهما لان كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص فى نصيبه نصف الدية وانه وجب له على القاتل لان كل واحد منهما زعم ان حق العافى فى القصاص قد سقط وانقلب نصيبه مالا فصح اقرارهما بسقوط القصاص لانهما لا يتهمان فى حقهما ولم يصح بالمال على القاتل لانه دعوى والدعوى لا تثبت الا بحجة وكذلك ان صدقهما القاتل لانه متى صدق أحدهما فى دعواه فقد كذب الآخر فى دعواه من المال لان العافى لا يجب له شئ فقد تعارض التصديق والتكذيب بالشك فصار كانه سكت وان صدقهما على التعاقب فلهما دية كاملة لانه لما صدق الاول فى دعواه المال فقد كذب الثانى فى دعواه المال فاذا صدق الثانى بعد ذلك فقد صدقه بعدما كذبه والتصديق بعد التكذيب جائز وبتصديق الثانى ان صار مكذبا فيما ادعاه الا انه كذبه بعد ما نفذ حكم التصديق بالسكوت عليه وكان التكذيب منه رجوعا عن اقراره فلم يصح وأما اذا شهد متعاقبا فان كذبهما القاتل فللشاهد آخرا نصف الدية ولا شئ للاول لان القاتل لما كذب الاول فقد زعم ان للثانى نصف الدية ولم يثبت عفوه ولم يوجد منه تكذيب القاتل فى اقراره فوجب له نصف الدية والاول قد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية ووجبت له على القاتل وقد كذبه القاتل فى ذلك فلم يثبت وكذبه٧ ان صدقهما معا فلا شئ للاول وللثانى نصف الدية لانه تعارض التصديق والتكذيب منه فى حق كل واحد منهما فتساقطا فصار كانه سكت ولو سكت يجب للثانى نصف الدية ولا يبطل بتكذيب القاتل لان تكذيب القاتل باطل فى حق الثانى وان صدقه الثانى وكذبه الاول فللثانى نصف الدية ولا شئ للاول لانه ثبت عفو الاول فى حق القاتل بتصديق الثانى فى شهادته ولم يثبت عفو الثانى بتكذيب الاول فى شهادته ولو عفا أحد الوليين وعلم الآخر أن القتل حرام عليه فقتل عليه القصاص وله نصف الدية فى مال القاتل لان قتله تمحض حراما وان لم يعلم بالحرمة فعليه الدية فى ماله علم بالعفو أو لم يعلم لانه اشتبه عليه لان ظنه استند الى دليل يوجب الاشتباه وهو القياس على سائر الحقوق المشتركة بين اثنين اذا أبرئ أحدهما لا يبطل حق الآخر فكانت ظنا فى موضع الاشتباه فاورث شبهة لسقوط القصاص ولهذا اشتبه على عمر رضى الله عنه مع جلالة قدره فى العلم حيث شاور ابن مسعود فى ذلك

على ماذكرنا قال رحمه الله ﴿وان أشهدا انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص﴾ لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفى ذلك القصاص على ماعرف والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لانه اذا كان مخطئا لايحل لهم أن يطلقوه بل يقولون قصد غيره فأصابه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش وأقام على ذلك حتى مات قال الشارح وتأويله ان أشهدوا انه ضربه بشئ جارح أقول قال فى الكفاية انما أوله لتكون المسئلة مجمعا عليها قال فى معراج الدراية الاطلاق فى الجامع الصغير ان كان قولهما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله ان تكون الآلة جارحة قال جهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان عمدا قلنا لم شهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد غيره فأصابه وقالوا كذلك ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده قال رحمه الله ﴿وان اختلفا شاهدا القتل فى الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله بطلت﴾ ولو قال المؤلف ولو شهد أربعة بقتل واختلفوا فى الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قالا قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله بطلت لكان أولى لانه اذا علم ببطلان شهادة المثنى عند الاختلاف علم بطلان شهادة الفرد من باب أولى لان القتل لايتكرر فالقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى مكان آخر أو فى زمان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط للقبول ولم يوجد ولان القاضى يقضى بكذب أحدهما لاستحالة اجتماع ماذكرنا فلا تقبل بمثله وكذا الوكيل النصاب فى كل واحد منهما لتيقن القاضى بكذب أحد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض أطلق فى المكان وهو مقيد بالكبير قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرح ديات الاصل انهما اذا اختلفا فى المكان والمكانان متقاربان بان كبيت صغير فشهد أحدهما انه رآه قتله فى هذا الجانب وشهد الآخر انه قتله فى الجانب الآخر فانه تقبل الشهادة استحسانا وكذلك لو اختلفا فى الآلة وفى الاسبيجابى كما اذا كان قال أحدهما قتله بالسيف وقال الآخر قتله بالقصاص وقيدنا بماذكرلانهما لو اختلفا فى القاتل لاتقبل كما سيأتى واعلم بأن الكلام فى الآلة على فصول أحدهما ان يتفقا على الآلة بان شهدا انه قتله عمدا بالسيف أو قتله بالعصا فان شهدا انه قتله بالسيف ان ذكرا صفة التعمد بان قالا قتله عمدا بالسيف فانه تقبل شهادتهما و يقضى عليه بالقصاص ولو قالا قتله بالسيف خطأ تقبل شهادتهما و يقضى بالدية على العاقلة وان سكتا عن ذكر صفة العمد والخطأ فهذا وما لوذكرا صفة العمد سواء وان قالا لاندرى قتله عمدا أو خطأ فانه تقبل هذه الشهادة و يقضى بالدية فى مال القاتل وهذا الذى ذكرنا ان الشهادة مقبولة جواب الاستحسان والقياس ان لاتقبل هذه الشهادة وان شهدا انه قتله بالعصا ان كان العصا صغيرا لاتقتل مثله غالبا فانه تقبل الشهادة و يقضى بالدية عندهم جميعا كما لو ثبت معاينة سواء شهدا بالعمد أو بالخطأ أو أطلقا وان كان العصا كبيرا تقتل مثله غالبا فعلى قول أبى حنيفة الجواب عنه كالجواب فيما لو شهدوا انه قتله بالسيف وأما اذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر لاأدرى بماذا قتله فلأن المطلق يغاير المقيد لانه معدوم والمقيد موجود فاختلفا وكذا أيضا حكمهما مختلف فان من قال قتله بعصا يوجب الدية على العاقلة ومن قال لاأعلم بماذا قتله على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت وهو المراد بقوله وقال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فان شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فان أحدهما فعل يوجب القصاص والآخر الدية قال رحمه الله ﴿وان شهدا انه قتله وقالا لاندرى بماذا قتله﴾ يعنى بأى شئ قتله وجب عليه الدية فى ماله استحسانا والقياس أن لاتقبل هذه الشهادة أصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الآلة اذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة فيكون هذا غفلة من الشهود وجه الاستحسان انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجهول لامكان العمل به فيجب أقل موجبه وهو الدية فلا يحمل قولهما لاندرى على الغفلة بل يحمل على انهما سعيا للدرء المندوب اليه فى العقوبات استحسانا بالظن ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع أطلق الكذب فى اصلاح ذات البين على ماقاله عليه الصلاة والسلام ليس بكذاب من أصلح بين اثنين فقال خيرا أو أنمى خيرا فهذا مثله أو أحق منه فيحمل عليه فلا يثبت جهلهما أو اختلافهما بالشك وانما وجبت الدية فى ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكمال فلا يثبت الخطأ بالشك وقال محمد رحمه الله رجل قتل وله وليان لاوارث له غيرهما فاقام أحدهما وهو عبدالله بينة على صاحبه وهو زيد انه قتله عمدا وأقام زيد على

أجنبي بينة انه قتله عمدا قبلت البينتان عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى الولي المشهود عليه وهو زيد نصف الدية في ماله لصاحبه وعلى المشهود عليه الاجنبي نصف الدية في ماله لصاحبه وان كان القتل خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف الدية وقال أبو يوسف ومحمد بينة الابن على أخيه أولى ويقضى له على الاخ المشهود عليه بالقود ان كان عمدا وان كان خطأ فله الدية على عاقلته وبطلت بينة الابن المشهود عليه بالقود واختلف المشايخ في الميراث قال بعضهم الميراث بينهما أرباعا ثلاثة أرباع لعبد الله وربعه لزيد وقال بعضهم الميراث بينهما نصفان وهو الاصح ولو أقام كل واحد منهما البينة على صاحبه انه قتل أباهما عمدا أو خطأ فعلى قول أبي يوسف ومحمد تهاترت البينتان ولا تجب الدية والميراث بينهما وأما على قول أبي حنيفة يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الدية ان كان القتل عمدا ويتقاصان وان كان خطأ فعلى عاقلة كل منهما الدية ولو كان البنون ثلاثة فاقام عبد الله على زيد بينة انه قتل الاب وأقام محمد وزيد على عبد الله انه قتل الاب فهنا تقبل البينتان بالاتفاق ولا يجب القصاص على واحد منهم بالاتفاق ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بثلث الدية في ماله ان كان عمدا وعلى عاقلته ان كان خطأ ويكون الميراث بينهم أثلاثا وأما على قول أبي يوسف ومحمد يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بنصف الدية ولو أقام عبد الله البينة على زيد وعمرو انهما قتلا أباهم عمدا أو خطأ وأقام زيد وعمرو البينة على عبد الله انه قتل أباهم عمدا أو خطأ تهاترت البينتان عندهما وانتصف الوراثة بينهما أثلاثا كما لو لم توجد اقامة البينة فاما على قول أبي حنيفة يقضى لعبد الله على زيد وعمرو بنصف الدية في مالهما ان كان عمدا وعلى عاقلتهما ان كان خطأ وفي مال عبد الله وان كان خطأ فعلى عاقلته والميراث يكون نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو ولو أقام عمرو على زيد البينة انه قتل أباهم ولم يقم واحد منهما البينة على عبد الله فانه يقال لعبد الله ماتقول في هذا وانما وجب السؤال لعبد الله لانه صاحب حق في هذا الدم اذ هو ليس بقاتل فعد هذه المسئلة على ثلاثة أوجه اما ان يدعى عبد الله على أحدهما بعينه أو لم يدع على واحد منهما بأن قال لم يقتله واحد منهما أو ادعى عليهما بأن قال هما قتلاه فان ادعى القتل على واحد بعينه وهو عمرو فعلى قياس أبي حنيفة يقضى على عمرو بثلاثة أرباع الدية ويكون ذلك بينه وبين عبد الله نصفين فان كان القتل عمدا ففي مال عمرو وان كان خطأ فعلى عاقلة عمرو ويقضى لعمرو على زيد بربع الدية ويكون ذلك في مال زيد ان كان عمدا وان كان خطأ فعلى عاقلته وأما الميراث فنصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو وأما على قول أبي يوسف ومحمد يقضى لعبد الله على عمرو بالقود ان كان عمدا ويقضى بالدية على عاقلة عمرو ان كان خطأ ويكون ذلك بين عبد الله وزيد نصفين ويكون الميراث بينهما نصفين أيضا وان لم يدع عبد الله القتل على واحد منهما بان قال لم يقتله واحد ففي قياس قول أبي حنيفة يقضى لعمرو على زيد بربع الدية ان كان عمدا ففي ماله وان كان خطأ فعلى عاقلته ولا شئ لعبد الله من الدية ويكون الميراث أثلاثا وعند أبي يوسف ومحمد لا يقضى ههنا بشئ لا بالدية ولا بالقصاص وان ادعى القتل عليهما بان قال قتلاه فعلى قول أبي حنيفة لا يقضى لعبد الله بشئ من الدية وأما الميراث فنصفه لعبد الله ونصفه لهما وأما على قول أبي يوسف ومحمد فقد تهاترت بينة كل واحد منهما على صاحبه ولا بينة لعبد الله على ما يدعى فلا يقضى بشئ من الدية والميراث يكون بينهم أثلاثا ولو ترك المقتول أخا وابنا فأقام الاخ البينة على الابن انه قتل الاب وأقام الابن البينة على الاخ انه هو الذى قتل الاب كانت بينة الابن أولى بخلاف ما اذا كانا ابنين حيث يقضى هناك بنصف الدية على قول أبي حنيفة وههنا بينة الابن أولى ولم يذكر الخلاف ولو ترك المقتول ابنين وأخا فأقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه بالقتل وصدق الاخ أحدهما أو صدقهما كان التصديق من الاخ والعدم بمنزلة واحدة فان أقام الاخ بينة انهما قتلاه بعد ان أقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه انه هو القاتل فعلى قول أبي يوسف مع محمد البينة بينة الاخ ويكون الميراث له ويقتل الابنين ان كان القتل عمدا وان كان خطأ فعلى عاقلتهما الدية ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة وينبغي أن يكون عنده ان لا تقبل بينة الاخ وان ترك ثلاث بنين فأقام اثنين منهم على الثالث انه قتل أباهم وأقام الثالث بينة بذلك على الاجنبي فعلى قول أبي يوسف ومحمد بينة الابنين أولى فيقضي القاضي بالقصاص على الثالث للآخرين ان كان عمدا وبالدية على عاقلته ان كان خطأ ولا يرث الابن المشهود عليه ويكون الميراث بين الابنين على بينة الثالث فيقضى للاثنين على الثالث بثلثي الدية ان كان عمدا ففي ماله وان كان خطأ فعلى عاقلته ويقضى للثالث على الاجنبي بثلث الدية ويكون الميراث بينهم أثلاثا واذا قتل الرجل وترك ثلاثا فأقام الاكبر بينة على الاوسط انه قتل الاب وأقام الاوسط بينة على الاصغر بذلك وأقام الاصغر بينة على الاجنبي بذلك ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى

لكل واحد منهم على الذى أقام عليه البينة بثلث الدية وأما على قول أبى يوسف ومحمد يقضى للاكبر على الاوسط بنصف الدية وللاوسط على الاصغر بنصف الدية ولا يقضى للاصغر على الاجنبى بشئ قال رحمه الله ﴿وان أقر كل واحد منهم انه قتله وقال الولى قتلاه جميعا له قتلهما ولو كان مكان الاقرار شهادة لغت﴾ يعنى لو أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل زيدا منفردا فقال الولى قتلاه جميعا له قتلهما وان شهد اثنان على رجل انه قتله وشهد آخران على آخر انه قتله بطلت الشهادة والفرق بينهما ان كل واحد من الاقرار والشهادة يثبت ان كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه ان يجب القصاص عليه وحده لان معنى قوله أنا قتلته انفردت بقتله وكذا قول الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولى قتلهما تكذيب له حيث ادعى اشتراكهما فى القتل فكانه قال لم ينفرد أحد كما بقتله بل شاركه الآخر وهذا القدر من التكذيب يمنع صحة قبول الشهادة لادعائه فسقهم به دون الاقرار لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار ولو قال فى الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان تصديق كل واحد منهما تكذيب للآخر لان كل واحد منهما يدعى الانفراد بالقتل بتصديقه فوجب ذلك فصار كانه قال لكل واحد منهما اقتلت وحدك ولم يشاركك فيه أحد فيكون مقرا بان الآخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه تصديق لهما قلناه هو تصديق ضمنى والضمنى يتسامح فيه ما لا يتسامح فى القصدى وهو قوله صدقتما ولو أقر رجل انه قتله وقامت البينة على الآخر انه قتله وقال الولى قتله كلا كما كان له ان يقتل المقر دون المشهود عليه لان فيه تكذيبا البعض موجبه على ما مر وعلى هذا لو قال لاحد المقرين صدقت أنت قتلت وحدك كان له ان يقتله لانهما تصادقا على وجوب القتل عليه وحده وكذا اذا قال لاحد المشهود عليهما أنت قتلته كان له ان يقتله لعدم تكذيب المشهود له وانما كذب الآخرين وكذلك الحكم فى الخطا فى جميع ما ذكرنا وفى الاصل ادعى الولى العمد أو الخطا وصدق المدعى عليه أو كذب ويدخل فيه اختلاف الشاهدين الاصل أن تعذر استيفاء القصاص بعد ظهور القتل ان كان لمعنى من جهة الولى لا تجب الدية وان كان لمعنى من جهة القاتل تجب الدية استحسانا فانه يخرج على الاصل الذى قلنا فرع على ما اذا ادعى الولى الخطا وأقر القاتل بالعمد فقال لو صدق الولى بعد ذلك القاتل وقال انك قتلته عمدا فله الدية على القاتل بالعمد وعن أبى يوسف فى نوادر ابن سماعة اذا ادعى الولى الخطا وأقر القاتل بالعمد فعلى القاتل الدية وقال محمد رحمهما الله فى الزيادات ادعى رجل على رجلين انهما قتلا وليه عمدا بحديدة فله عليهما القصاص فقال أحدهما صدقت وقال الآخر ضربته انا خطا بالعصا فانه يقضى لولى القتل عليهما بالدية فى مالهما فى ثلاثة سنين وهذا الذى ذكرناه استحسان والقياس ان لا يقضى عليهما بشئ ولو ادعى الولى العمد عليهما وصدقه أحدهما فى ذلك وأنكر الآخر القتل فلا شئ على المقر وفى الخانية ولو ادعى الخطا عليهما وأقر أحدهما بالعمد وجحد الآخر فلم يقض بشئ ولو ادعى العمد عليهما فاقر أحدهما وجحد الآخر القتل قتل المقر ولو أقر أحدهما بالعمد والآخر بالخطا وأنكر شركة الخاطئ قتل العامد ولو قال رجل لرجل قتلت أنا وفلان وليك عمدا وقال فلان قتلناه خطأ وقال الولى للمقر بالعمد أنت قتلته وحدك عمدا فان للولى أن يقتل المقر وان ادعى الولى الخطأ فى هذه الصورة لا يجب شئ رجل قطع يده ورجله ومات منهما فقال رجل قطعت يده عمدا وفلان قطع رجله ومات من ذلك وقال الولى لا بل أنت قطعت ذلك كله عمدا فان للولى أن يقتله وان قال لا أدرى من قطع رجله لا يكون له أن يقطع المقر وان أزال الولى الجهالة بعد ذلك وقال زفر اذا بين صح بيانه حتى كان له أن يقتل المقر قال مشايخنا وهذا اذا بين الولى قبل أن يقضى القاضى ببطلان حقه فى القصاص قبل المقر حيث قال لا أدرى من قطع رجله فاما اذا قضى بذلك ثم بين لا يصح بيانه ولا يكون له أن يقتل المقر وفى نوادر بشر عن أبى يوسف رجل قال لرجل أنا قتلت وليك عمدا فصدقه وقتله ثم جاء آخر وقال أنا الذى قتلته وحدى وصدقه فعليه دية الذى قتله وله على الآخر الدية قال محمد رحمه الله فى الزيادات ادعى رجل على رجلين انهما قتلا وليه عمدا بالسيف وقضى له عليهما بالقصاص فاقر أحدهما بالقتل وأقام آخر شاهدين على الآخر أنه قتله وحده عمدا كان للمدعى أن يقتل المقر مكان العمد وليس له أن يقتل المشهود عليه وبطلت شهادة الشاهدين ولو كان مكان قتل العمد قتل الخطا وباقى المسئلة بحالها لا شئ على المشهود عليه من الدية وعلى المقر نصف الدية وان أقر بالكل وفيها أيضا رجل قتل مقطوع اليدين وادعى وليه ان فلانا قطع يده اليمنى عمدا وفلان قطع يده اليسرى عمدا ومات منهما فقال المدعى عليه أنا قطعت يده اليسرى عمدا ولا أدرى من قطع يده اليمنى الا انى أعلم ان اليمنى قطعت عمدا ومات من القطع وقال المدعى عليه قطعت اليد اليسرى ومات منها خاصة لا شئ على المقر ولو قال الولى قطع فلان يده اليسرى عمدا ولا أدرى من قطع اليمنى الا انى أعلم ان اليمنى قطعت عمدا فمات منهما فلا قود عليه وعليه نصف الدية استحسانا والقياس أن لا يلزمه شئ من

الدية وفيها أيضا رجل ادعى على رجل انه شج وليه موضحة عمدا ومات منها وجحد المدعى عليه ذلك فجاء المدعى بشاهدين فشهدا بالموضحة وبالموت منها كما ادعاه المدعى وشهد الآخر بالموضحة والبرء فقبلت شهادتهما على الموضحة وقضى بالقصاص فى الموضحة فمن مشايخنا من قال ماذكره من الجواب قول أبى يوسف ومحمد اما على قول أبى حنيفة رحمه الله ينبغى أن لا تقبل هذه الشهادة ولا يقضى بشئ ومنهم من قال لا بل هذا قول الكل ولو ادعى الموضحة والبرء منها وشهد أحد الشاهدين بالموضحة والبرء والآخر بالسراية لا تقبل الشهادة ولو ادعى الولى انه مات منها وجاء بشاهدين شهد أحدهما كما ادعاه المدعى وشهد الآخر انه برئ من ذلك قبلت الشهادة على الشجة وقضى بارشها فى مال الجانى وكذلك لو كان الميت عند رجل فادعى مولاه ان الشاج شجه موضحة عمدا ومات منها وان له عليه القود وجاء بشاهدين فشهد أحدهما كما ادعى المدعى وشهد الآخر انه برأ منها فالقاضى يقضى بارش الشجة فى مال الجانى والله أعلم

﴿ باب فى بيان اعتبار حالة القتل ﴾

لما كانت الاحوال صفات لذواتها ذكرها بعد القتل وما يتعلق به قال رحمه الله ﴿ المعتبر حالة الرمى ﴾ فى حق الحل والضمان عند ذلك قال رحمه الله ﴿ فتجب الدية بردة المرمى اليه قبل الوصول ﴾ يعنى لو رمى رجل رجلا مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله قبل وصول السهم اليه ثم وقع به السهم تجب على الرامى الدية وهذا عند الامام وقالا لا شئ عليه لان التلف حصل فى محل لا عصمة له لانه بارتداده أسقط تقوم نفسه فصار مبرئا للرامى عن موجبه كما لو أبرأه فى هذه الحالة وللامام ان الضمان يجب بفعله وهو الرمى لانه هو الذى يدخل تحت قدرته دون الاصابة ولا فعل له أصلا بعده فيصير قاتلا بالرمى ألا ترى انه لو رمى الى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى فاصاب السهم الصيد وهو مرتد فجرحه ومات بالجرح حل أكله وكذلك لو كفر بعد الرمى قبل الاصابة جاز تكفيره وكان القياس أن يجب القصاص لما ذكرنا لكنه سقط بالشبهة قال فى النهاية وقولهما انه بالارتداد صار مبرئا له عن ضمان الجناية غير صحيح لان اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى قال رحمه الله ﴿ لا باسلامه ﴾ أى لا يجب شئ باسلام المرمى اليه بان رمى الى حربى أو مرتد فاسلم قبل الاصابة ثم أصابه بعد ما أسلم وهذا بالاجماع لان الرمى لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل لان المرتد والحربى لا عصمة لدمهما قال رحمه الله ﴿ والقيمة بعتقه ﴾ يعنى لو رمى الى عبد فاعتقه المولى بعد الرمى قبل الاصابة فاصابه السهم فمات لزم الرامى القيمة عند الامام وقال محمد له فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمى لان العتق قطع السراية واذا انقطعت بقى مجرد الرمى وهى جناية تنتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمى وثمانمائة بعده لزمه مائتان لان العتق قاطع للسراية ألا ترى ان من قطع يد عبد ثم عتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه الأرش اليد مع النقصان الذى نقصه القطع الى العتق وهو بنفس الرمى فصار جانيا عليه لانه يوجب النقصان ولابى حنيفة رحمه الله ان الرمى يصير قاتلا له من وقت الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لان كل واحد منهما اتلاف لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له ثم اذا سرى لا يوجب شيأ لانه لو أجب شيأ لوجب للعبد لا للمولى لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فتصير النهاية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا تتبدل السراية فكذا هنا أما الرمى فقبل الاصابة به ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له فى المحل وانما قلت فيه الرغبات فلا يجب فيه الضمان قبل الاتصال بالمحل وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب الى وقت الانعقاد فلا تخالف النهاية البداية فتجب قيمته للمولى وقال زفر رحمه الله عليه الدية لان الرمى انما صار علة عند الاصابة اذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به ووقت التلف المتلف حر فتجب ديته وأبو يوسف مع أبى حنيفة فيه والفرق له بين هذا وبين ما تقدم من مسئلة الارتداد انه اعترض على الرمى ما يوجب عصمة المحل فيما تقدم فحصل ذلك بمنزلة الابراء أما هنا اعترض على الرمى بما يؤكد عصمة المحل وهو الاعتاق فلا تبطل به الجناية قال رحمه الله ﴿ ولا يضمن الرامى برجوع شاهد الرجم بعد الرمى ﴾ معناه اذا قضى القاضى برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمى قبل الاصابة ووقع عليه الحجر فلا شئ على الرامى لما ان المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم قال رحمه الله ﴿ وحل الصيد بردة الرامى لا باسلامه ﴾ معناه اذا رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل أكله ولو رماه وهو مجوسى فاسلم قبل الوقوع لا يحل لان المعتبر حالة الرمى فى حق الحل والحرمة اذ الرمى هو الذكاة لانه فعله ويدخل تحت قدرته لا الاصابة فتعتبر الاهلية وعدمها عنده قال رحمه الله ﴿ ووجب الجزاء بحله لا باحرامه ﴾ أى لو رمى المحرم

صيد الحل قبل الاصابة ثم أصاب وجب عليه الجزاء وان رماه وهو حلال فاحرم قبل الاصابة فوقع الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لان الجزاء يجب بالتعدى وهو الرمى فى حالة الاحرام و وجد ذلك فى الاول دون الثانى والاصل فى مسائل هذا الكتاب ان يعتبر وقت الرمى بالاتفاق وانما عدل أبو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئاله على ما بينا فى أول هذا الفصل والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الديات ﴾

قال فى العناية ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية أحد موجبى الجناية فى الآدمى صيانة له عن القصاص لكن القصاص أشد جناية فلذا قدمه والكلام فيها من وجوه الاول فى دليل مشروعيتها والثانى فى معناها لغة والثالث فى معناها عند الفقهاء والرابع فى سبب وجوبها والخامس فى فائدتها والسادس فى ركنها والسابع فى شرطها والثامن فى حكمها أما دليل المشروعية فقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وأما معناها فى اللغة فالدية مصدر ودى القاتل المقتول أعطى ديته وأعطى لوليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا فى المغرب قال فى القاموس الدية حق للقتيل جمعها ديات وفى الصحاح وديت القتيل أديه دية اذا أعطيت ديته وأما معناها شرعا فالدية عبارة عما يؤدى وقد صار هذا الاسم علما على بدل النفوس دون غيرها وهو الارش وأما سبب وجوبها فالخطأ فان الآدمى لما خلق فى الاصل معصوم النفس محقون الدم مضمونا عن الهدر فيجب صون حقه عن البطلان وأما الخامس وهو فائدتها فهو دفع الفساد واطفاء نار ولى المقتول وأما ركنها فهو الاداء والايتاء وأما شرط وجوبها فكون المقتول معصوم الدم متقوما بعصمة الدار ومنعة الاسلام حتى لو أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتل لا تجب الدية وأما حكمها فتمحيص ذنب التقصير بالتكفير وفى المبسوط يحتاج الى بيان كيفية وجوب الدية وكيفية مقدارها أما كيفية وجوب الدية ففى نفس الحر تجب دية كاملة يستوى فيها الصغير والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمى وقال الشافعى رحمه الله دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم وفى المجوس ثمانمائة والصحيح قولنا لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بدية المستأمنين اللذين قتلهما عمرو بن أبى أمية كدية حرين مسلمين وعن الزهرى أنه قال قضى أبو بكر وعمر فى دية الذمى بمثل دية المسلم ولانهما يستويان فى العصمة والحرية ولهذا قال على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا ونقص الكفر يؤثر فى أحكام العقائد فيستويان فى الدية قال فى الكافى الدية المال الذى هو بدل النفس والارش اسم للواجب على مادون النفس اهـ أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ماسيجىء فى الفصل الآتى من ان فى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وفى اللحية الدية وفى شعر الرأس الدية وفى الحاجبين الدية وفى العينين الدية وفى اليدين الدية وفى الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التى أطلقت الدية فيها على ماهو بدل مادون النفس وكذا ماورد فى الحديث وهو ماروى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى النفس وفى اللسان الدية وفى المارن وهكذا هو الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضى الله عنه كما سيأتى فالاظهر فى تفسير الدية ماذكره صاحب العناية آخرا فانه بعدان ذكر مثل ذلك فى المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمى أوطرف منه سمى بها لانه يؤدى عادة لانه قل ما يجرى فيه العفو لعظم حرمة الآدمى اهـ ولما كان المقصود من الفقه بيان الاحكام لا بيان الحقائق ترك المؤلف بيان الحقيقة وشرع ببيان أنواعها قال رحمه الله ﴿ دية شبه العمد مائة من الابل أرباعا من بنت مخاض الى جذعة ﴾ يعنى خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون جذعة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد والشافعى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية فى بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام الاان قتيل الخطا العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل أربعون منها ثنية الى بازل عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف ان التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ يتحقق بايجاب شئ لا يجب فى الخطا ولهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانه تجب فيه أخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف بين الامة ان الدية مقدر بمائة من الابل قال عليه الصلاة والسلام فى نفس المؤمن مائة من الابل واختلفوا فى صفة التغليظ فذهب ابن مسعود رضى الله عنه الى انها ارباع مثل مذهبنا ومذهب على رضى الله

عنه انها أثلاث ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة قال رحمه الله ﴿ولا تتغلظ الدية الا في الابل﴾ لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا مدخل للرأي فيها فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف بالتقدير بغير الابل قال رحمه الله ﴿وفي الخطا مائة من الابل أخماسا﴾ أي دية الخطا مائة من الابل أخماسا ابن مخاض الخ أي عشرون ابن مخاض وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة فاذا كانت أخماسا يكون من كل نوع من هذه الانواع عشرين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في دية الخطا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم والشافعي أخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما روينا ولان ما قلناه أخف لاقامة ابن المخاض مقام ابن لبون فكان ابن لبون أليق بحال المخطئ ولان الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض في الزكاة حيث أخذه مكانها فايجاب العشرين منه مع العشرين من بنت المخاض كايجاب أربعين بنت مخاض وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم التغاير وذلك لانه عليه الصلاة والسلام لم يرد بتغيير اسنان الابل الا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز قال رحمه الله ﴿أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم﴾ وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى الدية اثنا عشر ألف درهم لما روينا عن ابن عباس ان رجلا قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفا رواه أبو داود والترمذي ولانه لا خلاف انها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما ولنا ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلناه أولى للتيقن به لانه أقل أو يحمل على ما روياه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت دراهمهم من زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر على ما حكاه الخبازي في كتاب الزكاة فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة الواحد منها وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار والثاني وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة الى آخر ما تقدم في كتاب الزكاة فجمع عمر رضي الله عنه بين الثلاثة فخلط فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهما فكشف هذا ان الدينار عشرون قيراطا فوق العشرة يكون مثله عشرون قيراطا ضرورة استوائهما ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشرة فيكون اثني عشر قيراطا ووزن الخمسة يكون نصف الدينار فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين وأربعين قيراطا فان جعلتها أثلاثا صار كل ثلث أربعة عشر قيراطا وهو الذي كان عليه دراهمهم فاذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا والذي يرجح مذهبنا ما روى ان الواجب في الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الام عنده سواء كان ذكرا أو أنثى وعندنا عشر دية النفس ان كان أنثى ونصف العشر ان كان ذكرا فعلم بذلك ان دية الام خمسة آلاف ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة آلاف ولانا أجمعنا انها من الذهب ألف دينار والدينار مقوم في الشرع بعشرة دراهم ألا ترى ان نصاب الفضة في الزكاة مقدر بمائتي درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين دينارا فيكون غنيا بهذا القدر من كل واحد منهما اذ الزكاة لا تجب الا على الغني فيعلم بذلك علما ضروريا ان الدينار مقدر بعشرة دراهم ثم الخيار في هذه الانواع الثلاثة الى القاتل لانه هو الذي يجب عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روى عن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض في الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل هذه الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة رواه أبو داود وكان عمر رضي الله عنه يقضي بذلك على أهل كل مال كما ذكرنا وكل حلة ثوبان ازار ورداء وهو المختار وفي النهاية قيل في زماننا قميص وسراويل وله ان التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن القياس والآثار التي وردت فيها تحتمل القضاء فيها بطريق الصلح فلا يلزم حجة وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وتأويله انه قولهما قال رحمه الله ﴿وكفارتهما ما ذكر في النص﴾ أي كفارة القتل خطأ وشبه العمد هو الذي ذكر في القرآن وهو الاعتاق والصوم على الترتيب متتابعا كما ذكر في النص قال الله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد خطأ في حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب فتتناولهما الآية ولا يختلفان فيه لعدم النقل بالاختلاف بخلاف الدية حيث تجب في شبه العمد مغلظة لوجود التوفيق في التغليظ في شبه العمد

دون الخطا والمقادير لاتجب الا سماعا قال رحمه الله ﴿ولا يجوز الاطعام والجنين﴾ لان الاطعام لم يرد به النص والمقادير لم تعرف الا سماعا ولان المذكور كل الواجب اما فى الجواب أو لكونه كل المذكور والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته فلا يجوز ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص قال رحمه الله ﴿ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلما﴾ لانه مسلم تبعا له والظاهر سلامة اطرافه على ما عليه الجبلة ولا يقال كيف اكتفى فى هذا بالظاهر فى سلامة اطرافه حتى جاز التكفير ولم يكتف بالظاهر فى حق وجوب الضمان باتلاف أطرافه لانا نقول الحاجة فى التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدافع والحاجة فى الاتلاف الى دفع الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولا كذلك الاتلاف فافترقا قال رحمه الله ﴿ودية المرأة على النصف من دية الرجل فى النفس وفيما دونها﴾ روى ذلك عن على موقوفا ومرفوعا وقال الشافعى الثلث وما دون الثلث لا يتنصف لما روى عن سعيد بن المسيب انه السنة وقال الشافعى السنة اذا أطلقت يراد به سنة النبى صلى الله عليه وسلم ولنا ما رويناه وما رواه ينافيه أن كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كان سنة النبى صلى الله عليه وسلم لما خالفوه وقوله سنة محمول على انه سنة زيد لانه لم يرو الا عنه موقوفا ولان هذا يؤدى الى المحال وهو ما اذا كان ألمها أشد ومصابها أكبر ان يقل ارشها بيانه انه لو قطع أصبع منها يجب عشر من الابل واذا قطع أصبعان يجب عشرون واذا قطع ثلاثة يجب ثلاثون لانها تساوى الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث ولو قطع أربعة يجب عشرون للتنصيف فيما هو أكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيأ بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة وحكمة الشارع تنافى ذلك فلا تجوز نسبته اليه لان من المحال ان تكون الجناية لا توجب شيأ شرعا وأقبح منه ان تسقط ما وجب لغيرها وهذا مما تحيله العقلاء بالبديهة ولان الشافعى يعتبر الاطراف بالانفس وتركه ههنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الاطراف الا اذا زاد على الثلث قال رحمه الله ﴿ودية المسلم والذمى سواء﴾ لما روى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى مستأمن قتله عمرو بن أمية الضمرى بمائة من الابل وقال عليه الصلاة والسلام ودية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وعن الزهرى ان أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كان يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم وقال على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وفى ظاهر قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله دلالة عليه لان المراد منه ظاهر ما هو المراد من قوله تعالى فى قتل المؤمن ودية مسلمة الى أهله لانهم معصومون متقومون لاحرازهم أنفسهم بالدار فوجب ان يكونوا ملحقين بالمسلمين اذ يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم ان لو كانوا مسلمين ألا ترى ان أموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب باتلاف مال المسلم فاذا كان هذا فى أموالهم فما ظنك فى أنفسهم ولا يقال ان نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب ان تنقص ديته به كما تنتقص بالانوثة والرق ولان الرق اثر الكفر فاذا انتقص باثره فاولى ان ينتقص به لانا نقول نقصان دية المرأة والعبد لا باعتبار نقصان الانوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المرأة لا تملك النكاح والعبد لا يملك المال والحر الذكر يملكهما ولهذا زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر يساوى المسلم فى هذا المعنى فوجب أن يكون بدله كبدله والمستأمن ديته مثل دية الذمى فى الصحيح لما روينا

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان دية النفس شرع يذكر ما يلحق بها فيها قال رحمه الله ﴿فى النفس والمارن﴾ يعنى تجب الدية فى كل واحد منهما قال محمد رحمه الله وفى الانف الدية وفى المارن الدية والمارن ما لان من الانف وفى الذخيرة فيه حكومة عدل وفى الاصل واذا قطع أنف رجل وذهب شمه تجب دية كاملة وفى الظهيرية وبه يفتى وعن محمد أنه تجب حكومة العدل وفى الكافى ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان نفر عن ذلك علم انه لم يذهب شمه وفى المنتقى اذا جنى عليه فصار لا يستنثر من أنفه ولكن يستنثر من فمه فعليه حكومة عدل وفى شرح الطحاوى اذا قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة وان كان بعد البرء تجب الدية فى المارن وحكومة العدل فى الباقى وفى جنايات الحسن اذا كان انف القاطع أصغر كان المقطوع أنفه بالخيار ان شاء قطع أنفه وان شاء أخذ أرشه فان كان فى أنف القاطع نقصان من شئ أصابه أو كان أخشم لا يجد الريح فكذلك الجواب وفى الحاوى أخشم يعنى أصغر أو أخرق فالمقطوع أنفه بالخيار ان شاء قطع أنف القاطع وان شاء ضمنه دية الانف وفى الكبرى لو قطع الانف من أصل العظم اقتص منه ومعناه ما يليه المارن فانه قال لو ضرب أنفه فوق العظم فانكسر العظم وتدغدغ اللحم حتى ذهب بالانف لم يكن فيه قصاص وعن محمد أنه لو قطع

المارن وهى أرنبته يقتص منه وان قطع من أصله فلا قصاص عليه لانه عظم وليس بمفصل والجواب أما السن فقد قيل انه ليس بعظم وانما هو عصب ينعقد ولو كان عظما لنبت اذا كسر بخلاف سائر العظام ومراد محمد العظم الذى لا ينتقص على حسب المراد الا أنه سامح وأوجز فى اللفظ وفى القدورى فى الانف المقطوعة أرنبته حكومة عدل وفى الاصل اذا انكسر أنف انسان ففيه حكومة عدل واذا قطع كل المارن عمدا يجب القصاص واذا قطع بعضه لا يجب القصاص واذا قطع بعض عصبة الانف لا يجب القصاص بالاتفاق واذا قطع كل الانف لا يجب القصاص وعند أبى يوسف يجب هكذا ذكره الكرخى قال القدورى أراد بقوله اذا قطع كل الانف يجب الفاضل عن قول أبى يوسف فى المارن أما عصبة الانف عظم ولا قصاص فى العظم بالاجماع وقدمنا ذلك بتفاصيله قال رحمه الله ﴿وفى اللسان والذكر والحشفة﴾ يعنى الدية أما اللسان قال محمد فى الاصل وفى اللسان الدية يريد به حالة الخطا واذا قطع بعض اللسان ان منعه عن الكلام ففيه كمال الدية وأما اذا منعه عن بعض الكلام دون البعض فانه تجب الدية بقدر ما فات ان كان الفائت نصفا يجب نصف الدية وان كان ربعا يجب ربع الدية وكيف نعرف مقدار الفائت من الباقى اختلف المشايخ المتأخرون قال بعضهم يعرف بالتهجى بحروف المعجم التى عليها مدار كلام العرب وهى ثمانية وعشرون حرفا فان أمكنه التكلم بنصف الحروف أربعة عشر وعجز عن النصف علم ان الفائت نصف الكلام فتجب نصف الدية وان أمكنه التكلم بثلاثة أرباع منها وذلك أحد وعشرون كان الفائت هو الربع فيجب ربع الدية وان أمكنه التكلم بربعها وهو سبعة كان الفائت ثلاثة أرباعه فيلزمه ثلاثة أرباع الدية والاصل فى هذا ما روى ان رجلا قطع طرف لسانه فى زمن على رضى الله عنه فامره ان يقرأ الف ب ت ث فما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأه أوجب الدية بحساب ذلك وقال بعضهم لا يهجى بجميع حروف المعجم وانما يتهجى بالحروف المتعلقة باللسان اللازمة فان لم يمكنه التهجى بالنصف كان الفائت نصفا فيلزمه نصف الدية وان أمكنه التكلم بالثلث يلزمه ثلثا الدية قالوا والاول أصح اهـ وفى التجريد المعتبر الحروف التى تتعلق باللسان فالهوائية والحلقية والشفوية لا تدخل فى القسمة وفى السغناقى الحروف التى تتعلق باللسان وهى الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فان لم يمكنه اتيان بحرف منها يلزمه حصته من الدية فاما الهوائية والحلقية والشفوية فلا تدخل فى القسمة فالشفوية الباء والميم والواو والحلقية الهاء والعين والغين والحاء والخاء والقاف هذا كله فى لسان البالغ والكلام فى لسان الصبى يأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى واذا قطع لسان غيره عمدا ذكر فى الاصل انه لا قصاص بقطع البعض أو قطع الكل وعن أبى يوسف أنه اذا قطع الكل ففيه القصاص وفى شرح الطحاوى واذا قطع اللسان ان لا قصاص فيه بالاجماع وفى العيون قال أبو حنيفة فى اللسان اذا أمكن القصاص يقتص وفى الظهيرية والفتوى على لا قصاص فى اللسان لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه لانه ينقبض و ينبسط وفى الواقعات لا قصاص فى اللسان وان قطع من وسط اللسان أو من طرفه فان ادعى ذهاب الكلام يشغل عنه حتى يسمع كلامه أو لا يسمع وفى لسان الاخرس حكومة عدل وأطلق المؤلف فى وجوب الدية فى الذكر ولم يفرق بين شاب وشيخ ولا بين مريض وصحيح ولا بين ذكر خصى وعنين ولا بد من بيان ذلك ولو قال و يقطع ذكر يفوت به الايلاج لكان أولى وفى المحيط وفى ذكر الخصى والعنين حكومة عدل وعن الشافعى كمال الدية قلنا ذكر الخصى والعنين لا يتصور منه الايلاج بنفسه فلا تجب فيه دية وفى ذكر المريض دية كاملة لانه بزوال المرض يعود الى قوته الكاملة وفى ذكر الشيخ الكبير ان كان لا يتحرك ولا قدرة له على الوطء حكومة عدل وان كان يتحرك و يقدر على الوطء دية كاملة وفى قطع الحشفة دية كاملة وفى قطع الذكر المقطوع الحشفة حكومة عدل وفى التجريد وفى الانثيين كاملة كمال الدية وفيه أيضا وفى قطع الحشفة دية كاملة فان جاء بعد ذلك وقطع باقى الذكر قبل تخلل برء تجب دية واحدة كاملة و يجعل كانه قطع الذكر بدفعة واحدة وان تخلل بينهما برء يجب كمال الدية فى الحشفة وحكومة العدل فى الباقى واذا قطع الذكر والانثيين من الرجل الصحيح خطأ ان بدأ بقطع الذكر ففيه ديتان وفى التجريد وكذا اذا قطعهما من جانب واحد معا ففيه ديتان وفى التحفة وفى الانثيين اذا قطعهما مع الذكر جملة مرة واحدة فى حالة واحدة يجب عليه ديتان دية بازاء الذكر ودية بازاء الانثيين وان قطع الذكر أولا ثم الانثيين يجب ديتان أيضا لان بقطع الذكر تفوت منفعة الانثيين وهى امساك المنى فاما اذا قطع الانثيين أولا ثم الذكر تجب الدية بقطع الانثيين ويجب بقطع الذكر حكومة العدل وفى الانثيين اذا قطعهما خطأ كمال الدية وفى الظهيرية وفى أحدهما نصف الدية وقد قدمناه وفى المنتقى

عن محمد اذا قطع احدى انثييه فانقطع ماؤه دية ونصف ولا يعلم ذهاب الماء الا باقرار الجانى فان قطع الباقى من احدى الانثيين يجب نصف الدية ولم يذكر فى الكتاب انه اذا قطع الانثيين عمدا هل يجب القصاص والظاهر انه يجب فيهما القصاص حالة العمد وان قطع الحشفة كلها عمدا ففيها القصاص وان قطع بعضها فلا قصاص فيه ولو قطع الذكر كله ذكر فى الاصل انه لا قصاص لانه ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفاء القصاص فيه وصار كاللسان وعن أبى يوسف انه يجب القصاص قال رحمه الله ﴿وفى العقل والسمع والبصر والشم والذوق﴾ يعنى تجب فى كل واحد منها دية كاملة أما العقل فلان بذهابه تذهب منافع الاعضاء كلها لان افعال المجنون تجرى مجرى أفعال البهائم وأما السمع فلانه بفواته يفوت جنس المنفعة على الكمال وهو منفعة الاستماع وأما الشم فلان بفواته يفوت ادراك الروائح الطيبة والتفرقة بين الرائحة الطيبة والخبيثة وأما الذوق فلان بفواته يفوت ادراك الحلاوة والمرارة والحموضة وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال أبو يوسف لا يعرف الذهاب والقول قول الجانى لانه المنكر ولا يلزمه شئ الا اذا صدقه أو نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر تعرفه الاطباء فيكون قول رجلين عدلين منهم حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العينين فاذا دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم يهرب فهى ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع أن يغافل ثم ينادى فان أجاب علم انه لم يذهب والا فهو ذاهب وروى اسمعيل بن حماد ان امرأة ادعت انها لا تسمع وتطارشت فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها قال رحمه الله ﴿واللحية ان لم تنبت وشعر الرأس والعينين والاذنين والحاجبين وثديى المرأة الدية وفى كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفى أجفان العينين الدية وفى أحدها ربع الدية﴾ يعنى اذا حلق اللحية أو شعر الرأس ولم ينبت فى كل واحد منهما دية كاملة لانه أزال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعى لا تجب فيها الدية وتجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدمى ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة ولهذا تحلق الرأس واللحية وبعضها فى بعض البلاد فلا تتعلق به الدية كشعر الصدر والساق اذ لا تتعلق به منفعة ولهذا لا تجب فى شعر العبيد نقصان القيمة ولنا قول على رضى الله عنه فى الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف فى هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه بالرأى لان اللحية فى أوانها جمال فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصين والدليل على انه جمال قوله عليه الصلاة والسلام ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحاء والنساء بالقدود والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال وأما شعر العبد فقد روى الحسن عن أبى حنيفة انه يجب عليه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب عن الظاهر أن المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه فى حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفى الشارب حكومة عدل فى الصحيح لان تابع للحية فصار طرفا من أطراف اللحية واختلفوا فى لحية الكوسج والظاهر انه ان كان فى ذقنه شعرات معدودة فليس فى حلقها شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان أكثر من ذلك كان على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفى لحيته كمال جمال وهذا كله اذا انسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق لفعل الجانى أثر فى البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه المحرم وان نبت أبيض فقد ذكر فى النوادر انه لا يلزمه شئ عند أبى حنيفة فى الحر لان الجمال يزداد ببياض الشعر فى اللحية وعندهما تجب حكومة عدل لان البياض يشينه فى غير أوانه فتجب حكومة عدل باعتباره وفى العبد تجب حكومة عدل عندهم لانه تنتقص به قيمته ويستوى العمد والخطأ فى حلق الشعر لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت فيها قياسا واذا ثبت نصا أو دلالة والنص انما ورد فى النفس والجراحات ويؤجل فيه سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوى فيها الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شئ عليه أما ما يكون من دوجانى الاعضاء كالعينين واليدين ففى قطعهما كمال الدية وفى قطع أحدهما نصف الدية وأصل ذلك ما روى انه عليه الصلاة والسلام قال فى العينين الدية وفى أحدهما نصف الدية وفى الرجلين الدية وفى أحدهما نصف الدية ولان تفويت اثنين منها تفويت المنفعة أو تفويت الجمال على الكمال وفى تفويت الرجلين تفويت منفعة المشى وفى تفويت الانثيين تفويت منفعة الامناء والنسل وفى ثديى المرأة تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثديى الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفى حلمتى المرأة

كمال الدية وفى أحدهما نصف الدية لفوات منفعة الارضاع وامساك الصبى لانها اذا لم يكن لها حلمة يتعذر على الصبى الالتقام عند الارضاع وقال مالك والشافعى يجب فى الحاجبين حكومة عدل بناء على أصلهما لانهما لا يريان وجوب الدية فى الشعر وعندنا يجب فيهما الدية لتفويت الجمال على الكمال وأما ما يكون من الاعضاء أرباعا فهو أشفار العينين ففيها الدية اذا قطعها ولم تنبت وفى أحدهما ربع الدية لانها يتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الاذى والقذر عن العين وتفويت ذلك ينقص البصر ويورث العمى فاذا وجب فى الكل الدية وهى أربعة وجب فى الواحد منها ربع الدية وفى الاثنين نصف الدية وفى الثلاث ثلاث أرباع الدية وقال محمد فى أشفار العينين الدية كاملة اذا لم تنبت فاراد به الشعر لان الشعر هو الذى ينبت دون الجفون وأيهما أريد كان مستقيما لان فى كل واحد من الشعر دية كاملة فلا يختل المعنى ولو قطع الجفون باهدابها تجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشئ واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر وأما ما يكون من الاعضاء أعشارا كالاصابع فى قطع اليدين أو الرجلين كل الدية وفى قطع واحد منها عشر الدية وفى قطع الجفون التى لا شعر فيها حكومة عدل واذا كان الجانى على الاهداب واحدا وعلى الجفون واحد آخر كان على الذى جنى على الاهداب تمام الدية وعلى الذى جنى على الجفون حكومة عدل وفى الظهيرية ولو حلق نصف اللحية فلم تنبت وحلق ربع الرأس أو نصف الرأس تجب نصف الدية لانه ما زال الجمال على الكمال لان الشين انما يكمل بفوات الكل وقال بعضهم يجب كمال الدية لان نصف الحلق لا يبقى زينة فتفوت الزينة بالكلية بفوات نصف اللحية ففيه كمال الدية كما لو قطع الشارب وفى لحية العبد حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة كالجمال لان لحية العبد جمال من حيث انه آدمى نقصان من حيث انه مال لانه مما يوجب نقصانا فى المالية فانه لا يساوى غير المتلحى فى الجمال فلم يوجد ازالة الجمال على الكمال وروى عن الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه تجب كمال الدية لا القيمة لان الجمال فى حقه مقصود أيضا وان نبت مكانها أخرى مثل الاولى فلا شئ فيها كما فى السن فان كانت الاولى سوداء فنبتت مكانها بيضاء ذكر فى النوادر ان عند أبى حنيفة فى الحر لا يجب شئ وفى العبد حكومة عدل لان البياض فى الشعر مما ينقص من قيمة العبد لان البياض فى غير وقته عيب وشين قال رحمه الله ﴿وفى كل أصبع من اصابع اليد أو الرجل عشر الدية وما فيها ثلاث مفاصل ففى أحدها ثلث الدية ونصفها لو فيها مفصلان﴾ يعنى ما يكون من الاعضاء اعشارا كالاصابع ففى كل أصبع عشر الدية ولو قطع أصابع اليدين أو الرجلين فعليه كل الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفى كل أصبع عشرة من الابل وفى قطع الكل تفويت منفعة المشى أو البطش وفيه دية كاملة وهى عشرة فتقسم الدية عليها والاصابع كلها سواء لاطلاق ما رويناه ولان الكل سواء فى أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة أما ما فيها ثلاث مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع لانها ثلثها وما فيها مفصلان كالابهام ففى أحدهما نصف دية الاصبع لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وهو المراد بقوله فى المختصر وما فيها ثلاث مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان واذا قطع الرجل أذن الرجل خطأ فاثبتها المقطوع اذنه فى مكانها فثبتت فعلى القاطع ارش الاذن كاملا قال الشيخ أحمد الطواويسى هذا الجواب غير صحيح لان الاذن لا يتصور اثباتها بالاحتيال وانما تثبت باتصال العروق فاذا ثبتت فالظاهر انه اتصل العروق وزالت الجناية فيزول موجبها وفى الكبرى وان جذب أذنه فانتزع شحمته فعليه الارش فى ماله دون القصاص لتعذر مراعاة التساوى فى القصاص وعن أبى حنيفة فيمن قطع أذن عبد أو أنفه فعليه ما نقصه قال رحمه الله ﴿وفى كل سن خمس من الابل أو خمسمائة درهم﴾ يعنى فى كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الابل أو خمسمائة درهم لقوله عليه الصلاة والسلام وفى كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء وهى كلها سواء لاطلاق ما رويناه ولما روى فى بعض طرقه والاسنان كلها لان الكل فى أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاوت فيه كالايدى والاصابع ولئن كان فى بعضها زيادة منفعة ففى الآخر زيادة الجمال فاستويا فازدادت دية هذا الطرف على دية النفس ثلاثة أخماس الدية لان الانسان له اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فاذا وجب فى الواحدة نصف عشر الدية يجب فى الكل دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم هذا اذا كان خطأ وأما ان كان عمدا ففيه القصاص وقد بيناه من قبل قولهم والاسنان والاضراس سواء قال فى العناية قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء ويقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهى الاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهى ما يلى الثنايا ومثلها أنياب تلى الرباعيات ومثلها ضواحك تلى الانياب واثنى عشر سنا تسمى بالطواحين

من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل و بعدها سن وهو آخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان و بعضها سواء اه اقول فى هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل فى أوله والصواب أن يقال وفيه اشارة الى أن ما فى الكتاب خطأ وقال فى آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما فى الكتاب مع أن تصحيحه على طريق التمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مرتبة فى علم البلاغة وله أمثلة كثيرة فى التنزيل قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك و يعود حاصل معناه الى انه يقال الاضراس وما عداها من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذوف ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء مثل ما ذكر فى الايراد على ما فى الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون ما فى الكتاب نعم الاظهر فى افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال فى الاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر فى المبسوط قال رحمه الله ﴿وكل عضو ذهب منفعته ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوءها﴾ أى اذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة كما اذا ضرب يده فشلت به أو عينه فذهب ضوءها لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة فاذا زالت منفعته كلها وجب عليه أرش موجبه كله ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عند الاتلاف بان أتلف عضوا ذهب منفعته فحينئذ يجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو ارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند انفراده عن المنفعة اعتبارهما معا بل يكون تبعا لها فيكون المنظور اليه هى المنفعة فقط عند الاجتماع وكم من شئ يكون تبعا لغيره عند الاتلاف فلا يكون له ارش ثم اذا انفرد عند الاتلاف يكون له ارش ألا ترى أن الاعضاء كلها تبع للنفس فلا يكون لها أرش اذا تلفت معها واذا انفردت بالاتلاف كان لها أرش ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه تجب الدية لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لان جمال الآدمى فى كونه منتصب القامة وقيل هو المراد بقوله تعالى لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم ولو زالت الحدوبة فلا شئ عليه لزوالها لا عن أثر ولو بقى أثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء أثرها والله أعلم

﴿فصل فى الشجاج﴾ الشجاج عشرة الخارصة وهى التى تخرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم مأخوذة من خرص القصار الثوب اذا شقه فى الدق والدامعة بالعين المهملة مأخوذة من الدمع سميت بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع من القلة وقيل لان عينيه تدمع بسبب ألم يحصل له منها وفى المحيط الدامعة هى التى يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العين والدامية وهى التى يسيل منها الدم وذكر المرغينانى أن الدامية هى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم هو الصحيح يروى عن أبى عبيد والدامعة وهى التى يسيل منها الدم كدمع العين ومن قال ان صاحبها تدمع عيناه من الالم فقد أبعد والباضعة وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد أقول فى تفسير الباضعة بما ذكره الشارح فتور وان تابعه صاحب الكافى وكثير من المتأخرين فيه لان قطع الجلد متحقق فى الصورة الاولى منها لا سيما فى الدامعة والدامية اذ الظاهر ان شيأ من اظهار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد فى كل الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة فالظاهر فى تفسير الباضعة هو ما ذكر فى المحيط والبدائع حيث قال فى المحيط ثم الباضعة وهى تبضع اللحم أى تقطعه وقال فى البدائع والباضعة هى التى تبضع اللحم أى تقطعه اه و يعضد ذلك ما وقع فى معتبرات كتب اللغة قال فى المغرب وفى الشجاج الباضعة وهى التى جرحت الجلد وشقت اللحم اه وقال فى الصحاح الباضعة الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى الا انها لا تسيل الدم وقال فى القاموس والباضعة الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمى الا انها لا تسيل الدم اه لا يقال فعلى هذا يلزم تشبيه الباضعة بالمتلاحمة فانهم قالوا والمتلاحمة هى التى تأخذ فى اللحم وهذا فى المآل غير ما نقلته عن المحيط والبدائع فى تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما قلنا من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال فى المحيط ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه قال شيخ

الاسلام ولاتنزع شيأ من اللحم ثم المتلاحمة وهى التى تقطع اللحم وتنزع شيأ من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال فى البدائع والباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه والمتلاحمة هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه وقال فى المغرب والمتلاحمة من الشجاج هى التى تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أى تتلاءم اه وقال فى الصحاح والمتلاحمة الشجة التى أخذت فى اللحم دون العظم ثم تتلاحم ولم تبلغ السمحاق اه وقال فى القاموس وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم كله ثم تتلاحم بعد ذلك أى تلتئم وتتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على مايؤل اليه وروى عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة لان المتلاحمة من قولهم التحم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة هى التى تظهر اللحم ولاتقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفى ظاهر الرواية والمتلاحمة تعمل فى قطع أكثر اللحم وهى بعد الباضعة وقال الازهرى الاوجه ان يقال المتلاحمة أى القاطعة للحم والاختلاف الذى وجد فى الشجاج راجع الى مأخذ الاشتقاق لا الى الحكم والسمحاق وهى التى تصل الى السمحاق وهى الجلدة الرقيقة التى بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهى التى توضح العظم أى تبينه والهاشمة وهى التى تهشم العظم والمنقلة وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله والآمة وهى التى تصل الى أم الدماغ وأم الدماغ هى الجلدة الرقيقة التى تجمع الدماغ وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهى التى تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد لان النفس لاتبقى بعدها عادة فتكون قتلا ولاتكون من الشجاج والكلام فى الشجاج ولذا لم يذكر الخارصة والدامغة لانها لايبقى لها فى الغالب أثر وهذه الشجاج تختص بالرأس والوجه وما كان فى غيرهما يسمى جراحة فهذا هو الحقيقة والحكم يترتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة مايجب بالشجة من المقدار لان التقدير بالنقل وهو انما ورد فى الشجاج وهى تختص بالرأس والوجه نخص الحكم المقدم بها ولايجوز الحاق الجراحة بها دلالة ولاقياسا لانها ليست فى معناها فى الشين لان الوجه والرأس يظهران فى الغالب وغيرهما مستور غالبا لايظهر واختلفوا فى اللحيين فعندهما فى الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيهما موجبها خلافا لما يقول مالك رحمه الله فانه يقول انهما ليسا من الوجه لان المواجهة لاتقع بهما ونحن نقول هما متصلان بالوجه من غير فاصل ويتحقق معنى المواجهة فصارا كالذقن لانهما تحتها وقال شيخ الاسلام ويجب ان يفرض غسلهما فى الوضوء لانهما من الوجه حقيقة الا انا تركناهما للاجماع ولا اجماع هنا فبقينا العبرة للحقيقة وفى المبسوط الشجاج فى الرأس والوجه أحد عشر أولها الخارصة وهى تشق الجلد مأخوذة من قولهم خرص القصار الثوب اذا شقه من الدق ثم الدامغة وهى التى يخرج منها مايشبه الدمع مأخوذة من دمع العين ولم يذكرها محمد لانها لم يبق لها أثر فى الغالب ثم الدامية وهى التى يخرج منها الدم ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم ثم المتلاحمة وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة خلافا لأبى يوسف وتفسيرها عند أبى يوسف التى تقشر الجلد وتجمع اللحم فى موضع الجراحة ولاتقطعه مأخوذة من التحام يقال التحم الجيشان اذا اجتمعا ثم السمحاق وهى التى تصل الى جلدة رقيقة فوق العظم تسمى السمحاق ثم الموضحة وهى التى توضح العظم واللحم ثم الهاشمة وهى التى تهشم العظم ثم المنقلة التى يخرج منها العظم لانها تكسر العظم وتنقله عن موضعه ثم الآمة التى تصل الى أم الرأس وهى الجلدة التى فوق الدماغ ثم الدامغة التى تخرق الجلد وتصل الى الدماغ ولم يذكرها محمد لان الانسان لايعيش معها وأما أحكامها فان كانت هذه الشجاج عمدا ففى الموضحة القصاص لان السكين ينتهى الى العظم ولايخاف منه الهلاك غالبا فيجب القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص وذكر الكرخى عنه انه ليس فى شئ من الشجاج الا فى القصاص والموضحة وليس لهذه الشجاج أروش مقدرة وموجب هذه الشجاج لايتحمله العاقلة فان كانت هذه الشجاج خطأ ففيما قبل الموضحة حكومة عدل لانه ليس لها أرش مقدر وفى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر من الابل وفى المنقلة خمسة عشرة وفى الآمة ثلث الدية هكذا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كتب الى حزم حين بعثه الى اليمن وذكر فيه أن فى النفس مائة من الابل وفى الانف الدية وفى الشفتين الدية وفى اللسان الدية وفى العينين الدية وفى الصلب الدية وفى الذكر الدية وفى الانثيين الدية وفى الرجل نصف الدية وفى الآمة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية وفى المنقلة خمس عشرة من الابل وفى الموضحة خمس من الابل هكذا رواه على بن أبى طالب رضى الله عنه وفى النوادر رجل اصلع ذهب شعره شجه انسان موضحة عمدا قال محمد لايقتص وعليه الارش لانه أقل من موضحة لان المساواة معتبرة فى تناول الاطراف ولامساواة لان الموضحة فى أحدهما مؤثرة فى الجلد واللحم فتعذر مراعاة المساواة وصار كصحيح اليد

اذاقطع يدالاشل لايقطع فكذاهذا وان قال الشارح رضيت أن يقتص منى ليس له ذلك لان الجناية اذالم توجب القصاص لايوجب الاستيفاء بالرضا وان كان الشاج أيضا أصلع عليه القصاص لان اعتبار المساواة ممكن فصار كالاشل اذاقطع يدالاشل وان لم يبق للجراحة أثر فعند أبى حنيفة وأبى يوسف لاشئ عليه وعند محمد يلزمه قدرما أنفق عليه الى أن يبرأ لانه بجنايته اضطر الى الانفاق على الجراحة خوفا من السراية فكان الزوال مضافا الى جنايته ولهما أنه كان مختارا فى الانفاق ولم يكن مضطرا فيه لان لحوق السراية لايثبت الاضطرار لان السراية موهومة فلايثبت الاضطرار بالوهم والارتياب فلم يصر مفوتا لشئ من المال ولا من المنفعة والجمال فلا يضمن كالو لطمه فاَلمه قال رحمه الله ﴿وفى الموضحة نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشرها وفى المنقلة عشر ونصف عشر وفى الآمة والجائفة ثلثها فان نفذت الجائفة فثلثاها﴾ لماروى وقد قدمناه ولانها اذا انفذت صارت جائفتين فيجب فى كل واحدة منهما الثلث وهو يكون فى الرأس والبطن قوله جائفة قال فى الايضاح الجائفة مايصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنب وماوصل من الرقبة الى الموضع الذى وصل اليه الشراب ومافوق ذلك فليس بجائفة قال فى النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا فى العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ماذكر فى الايضاح يكون الامر كذلك الاأن غيره تداركه قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أوجوف البطن يعنى انها لما تناولت مافى جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت فى الرأس فتدخل فى مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلايكون ذكرها فى فصل الشجاج فيما وقع اتفاقا بخلاف سائر الشجاج فانه حيث لايكون الافى الرأس والوجه وقيل لاتتحقق الجائفة فيما فوق الحلق قال رحمه الله ﴿وفى الخارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل﴾ لان هذه ليس فيها أرش مقدر من جهة الشرع ولايمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعى وعمر بن عبد العزيز واختلفوا فى تفسير هذه الحكومة قال الطحاوى تفسيرها أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ثم يقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت مابينهما فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية وقال الكرخى ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وكان الكرخى رحمه الله يقول ماذكره الطحاوى ليس بصحيح لانه اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف الدية فيؤدى الى أن يوجب فى هذه الشجاج وهو دون الموضحة أكثر مما أوجبه الشرع فى الموضحة وانه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال الصدر الشهيد ينظر المفتى فى هذا ان أمكنه الفتوى بالثانى بان كانت الجناية فى الرأس والوجه يفتى بالثانى وان لم يتيسر عليه ذلك يفتى بالقول الاول لانه الايسر قال وكان المرغينانى يفتى به وقال فى المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها أرش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها أرش أوثلثها وجب نصف أوثلث أرش تلك الشجة وان ربع فربع ذكره بعد ذكر القولين فكأنه جعله قولا ثالثا والاشبه أن يكون هذا تفسير القول الكرخى وقال شيخ الاسلام وقول الكرخى أصح لان عليا اعتبره بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على مابيناه قال رحمه الله ﴿ولاقصاص فى غير الموضحة﴾ لانه لايمكن اعتبار المساواة فيه لان مادون الموضحة ليس له حد ينتهى اليه السكين ومافوقها كسر العظم ولاقصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لاقصاص فى العظم وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيمادون الموضحة ذكره محمد رحمه الله فى الاصل وهو الاصح لانه ممكن فيه اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولاخوف التلف فيسبر قدرها اعتبارا ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ماقطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفى الموضحة القصاص ان كانت عمدا لماروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص فى الموضحة لان المساواة فيها ممكنة بانتهاء السكين الى العظم فيتحقق استيفاء القصاص قال رحمه الله ﴿وفى أصابع اليد نصف الدية﴾ أى أصابع اليد الواحدة لان فى كل أصبع عشرة من الابل لماروينا فيكون فى الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف ولان بقطع الاصابع تفوت منفعة البطش وهو الموجب على مامر أقول لقائل أن يقول من ذكر فيمامر أن فى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسئلة هنا مستدركا اذ لاشك ان خمسة أعشار الدية نصف الدية وعلم قطعا ممامر ان فى أصابع اليد الواحدة وهى خمس أصابع نصف الدية ولولم يكن الاستلزام والاقتضاء

فى حصول العلم بمثله بل كان لابد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضا أن فى الاصبعين عشرى الدية وفى ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفى أربعة أصابع أربعة أعشار الدية الى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة فى الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة هنا ليس بيان نفسها اصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة المعاقبة اياها وهى قوله فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالمقصود فى البيان هنا ان قطع الاصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان فى الحكم وعن هذا قال فى الوقاية فى هذا المقام وفى أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية قال رحمه الله ﴿ولو مع الكف﴾ هذا متصل بما قبله أى فى أصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف لان الكف سبب للاصابع فى حق البطش فان قوة البطش بها وقال عليه الصلاة والسلام فى اليدين الدية وفى أحدهما نصف الدية واليد اسم الجارحة يقع بها البطش لان اسم اليد يدل على القدرة والقوة والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب فيها دية واحدة لان منفعتها جنس واحد فيكون الكف تبعا للاصابع قال رحمه الله ﴿ومع نصف الساعد نصف الدية وحكومة﴾ عدل نصف الدية فى الكف والاصابع والحكومة فى نصف الساعد وهو قول أبى حنيفة ومحمد وهو رواية عن أبى يوسف وعنه ما زاد على الاصابع من اليدين والرجلين من أصل الساعد والفخذ هو تبع فلا يزيد على الدية لان الشارع أوجب فى الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب والرجل الى الفخذ فلا يزيد على تقدير الشارع ولان الساعد ليس له أرش مقدر فيه كالكف ووجه الظاهر ان اليد اسم لآلة باطشة ووجوب الارش باعتبار منفعة البطش وكذا فى الارش ولا يقع البطش بالساعد أصلا ولا تبعا فلا يدخل فى أرشه وقال بعض الشراح ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل فى البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها أن يكون الباطش هو الاصابع لا غير فبين كلاميه فى الموضعين نوع تدافع وكان صاحب الكافى تفطن له حيث غير تحريره ههنا فقال لهما ان أرش اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل فى البطش الاصابع والكف تبع لها أما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها فى حق التضمين اه ثم أقول يمكن التوفيق بين كلاميه أيضا بنوع عناية وهو ان يقدر المضاف فى قوله فيما قبل لان البطش بها فلا ينافى أن يكون بالكف أيضا بطش فى الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع ولانه لو جعل تبعا لا يخلو اما أن يجعل تبعا للاصابع أو الكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا الى الثانى لان الكف تبع للاصابع ولا تبع للتبع ولا نسلم أن اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هى اسم الى الزند اذ ذكرت فى موضع القطع بدليل آية السرقة قال رحمه الله ﴿وفى قطع الكف وفيها أصبع أو أصبعان عشرها أو خمسها ولا شئ فى الكف﴾ أى اذا كان فى الكف أصبع أو أصبعان فقطعهما يجب عشر الدية فى الاصبع الواحدة وخمسها فى أصبعين ولا يجب فى الكف شئ وهذا عند أبى حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش ما فيها من الاصابع فيجب أكثرها ويدخل القليل فى الكثير لان الجمع بين الارشين متعذر اجماعا لان الكل شئ واحد لان ضمان الاصابع هو ضمان الكف وضمان الكف فيه ضمان الأصبع وكذا اهدار أحدهما متعذر أيضا لان كل واحد منهما أصل من وجه أما الكف فلان الاصابع قائمة به وأما الاصابع فلانها هى الأصل فى منفعة البطش فاذا كان واحد منهما أصلا من وجه ورجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج رأس انسان وتناثر بعض شعر رأسه يدخل القليل فى الكثير ولابى حنيفة رحمه الله ان الاصابع أصل حقيقة لان منفعة اليد وهى البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا حكما لانه عليه الصلاة والسلام جعل اليد بمقابلة الاصابع حيث أوجب فى اليد نصف الدية ثم جعل فى كل أصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان تكون كلها بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل أولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما أولى من الترجيح بالكثرة ألا ترى ان الصغار اذا اختلطت مع الكبار تجب فيها الزكاة تبعا وان كان الصغار أكثر ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهدا به من الشجة لان أحدهما ليس بتبع للآخر وروى الحسن عنه ان الباقى اذا كان دون الاصبع يعتبر أكثرهما ارشا لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما يثبت باعتباره بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد وكونه أصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص بارش مفصل ولا مفصلين اعتبرنا فيه الكثرة والأول أصح لان ارشه ثبت

بالاجماع وهو كالنص ولو لم يبق فى الكف أصبع غير منصوص عليه يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها ارش الاصابع ٧ ولا يجب فيه الارش بالاجماع لان الاصابع أصل على ما بينا وللا كثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة قوله وفى قطع الكف الخ لا يخفى أنه مكرر مع قوله وفى كل أصبع عشر الدية وقوله ولا شئ فى الكف الخ لا يخفى أنه مكرر مع قوله ولو مع الكف لانه اذا علم ان الكف لا شئ فيه مع كل الاصابع علم بالاولى مع بعضها قال رحمه الله ﴿ وفى الاصبع الزائدة وعين الصبى وذكره ولسانه ان لم يعرف صحته بنظر وحركة وكلام حكومة ﴾ عدل أما الاصبع الزائدة فلانها جزء الآدمى فيجب الارش فيها تشريفا له وان لم يكن فيها نفع ولا زينة كما فى السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص وان كان المقطوع أصبعا زائدة ولان المساواة شرط لوجوب القصاص فى الطرف ولم يعلم تساويهما الا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فان تعذر القصاص للشبهة وجب ارشها وليس لها ارش مقدر فى الشرع فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شئ لان اللحية لا يبقى فيها أثر الحلق فلا يلحقه الشين بل ببقاء الشعرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه وفى قطع الاصبع الزائدة يبقى أثر ويشينه ذلك فيجب الارش وأما عين الصبى وذكره ولسانه فلان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب ارشها كاملا بالشك بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منها الجمال وقد فوته وتعرف الصحة فى اللسان بالكلام وفى الذكر بالحركة وفى العين بما يستدل به على الرؤية وهو المراد بقوله ان لم تعرف صحته بنظر وحركة وكلام فيكون بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ فى الخطا والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة أو باقرار الجانى فان أنكر ولم يقم به بينة فالقول قول الجانى وكذا اذا قال لا أعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة وقال الشافعى تجب الدية كاملة كيفما كان لان الغالب فيه الصحة فاشبه الاذن والمارن قلنا الظاهر لا يصلح للاستحقاق وانما يصلح للدفع وحاجتنا الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الاشياء وبين الاذن والانف قال رحمه الله ﴿ ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل ارش الموضحة فى الدية ﴾ فصار كما اذا أوضحه فمات لان تفويت العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء قيد بالموضحة لانه لو قطع يده فذهب عقله لا يدخل كما سيأتى أقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول ارش الموضحة فى الدية لما تم ما سبق فى فصل فيما دون النفس من انه روى ان عمر رضى الله عنه قضى باربع ديات فى ضربة واحدة ذهب فيها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يكن فيه الا دية واحدة فيتأمل وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو لم ينبت تجب الدية بفوات كل الشعر قال صاحب النهاية أى لو نبت الشعر والتامت الشجة فصار كما كان لا يجب شئ فثبت بهذا أن وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر اهـ وقال صاحب العناية قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية قوله حتى لو نبت يعنى الشعر يسقط يعنى ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا فى النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما اهـ أقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشئ اذ لا ريب ان كون وجوب ارش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد أمر خفى جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكره فى فصل الشجاج انه لا يشترط فى وجوب ارش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت من بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هى التى توضح العظم أى تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطا ولا شك ان اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلا فى وجوب ارشها أمرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قالوا وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وقال فى الكافى وارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شئ وقال فى المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شئ الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء فى الجملة فصار كما اذا قطع أصبع رجل فشلت يده كلها فحاصله ان الجناية متى وقعت على عضو وأتلفت شيئين وارش أحدهما أكثر دخل الأقل فيه ولا فرق فى هذا بين ان تكون الجناية عمدا أو خطأ فان وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه سواء كان عمدا أو خطأ عند أبى حنيفة لسقوط القصاص به عنده. وعندهما يجب للاول القصاص ان كان عمدا وأمكن الاستيفاء والا فكما قال أبو حنيفة وقال زفر لا يدخل ارش الاعضاء بعضها فى بعض لان كلا منهما جناية فيما

٧ يتأمل فى هذه العبارة ولعل الصواب ولو بقى اهـ مصححه

دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما بيناه وفى المبسوط أصله ان الجنايات متى وقعت على عضو واحد وأتلفت شيئين وارش أحدهما أكثر فانه يدخل فيه الأقل فى الاكثر أصله فى الموضحة متى كانت فى الرأس لابد أن يتناثر الشعر مقدار الموضحة وتناثر الشعر مقدار الموضحة يوجب الارش والنبى صلى الله عليه وسلم أوجب فى الموضحة خمسا من الابل ولم يوجب فى تناثر الشعر شيأ فعلم ان ارش ما تناثر من الشعر وهو أقل من ارش الموضحة دخل فى ارش الموضحة وكذلك ان كانت الجناية على عضو واحد وأتلفت شيئين أحدهما يوجب القصاص والآخر يوجب المال فانه يجب المال وأصله الخاطئ مع العامد متى اشتركا فى قتل واحد يجب المال وان وقعت الجناية على عضوين أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال ان كان خطأ لا يدخل أرش الأقل فى الاكثر لانه لم يكن فى معنى ما ورد به النص على قضية القياس وان كان عمدا يجب المال عند أبى حنيفة وعندهما القصاص لما يأتى ولو شجه موضحة فذهب شعر رأسه فلم ينبت غرم الدية ويدخل فيها أرش الموضحة لان الجناية وقعت على عضو واحد لان الجناية وقعت على الرأس والشعر بالرأس ولو ذهب بعض الشعر دخل الأقل فى الأكثر وكذلك لو كانت الموضحة فى الحاجب وقد ذهب شعر الحاجب ولو ذهب سمعه وبصره فلا يخلو ان كانت الشجة خطأ أو عمدا فان كانت خطأ لا يدخل أرش الموضحة فى دية السمع والبصر بل يجب كلاهما وروى عن أبى يوسف فى النوادر أنه قال يدخل أرش الشجة فى دية السمع ولا يدخل فى دية البصر لان محل السمع الاذنان والاذنان من الرأس حكما لقوله عليه الصلاة والسلام الاذنان من الرأس فصارت الجناية واقعة على عضو واحد وأتلفت شيئين فيدخل الأقل فى الاكثر وجه ظاهر الرواية ان الجناية وقعت على عضوين لان الاذنين ليستا من الرأس حقيقة وحكما ولكنهما جعلا من الرأس فى حق حكم لا فى كل الاحكام حتى لو اقتصر على المسح على الاذنين لم يجز عن مسح الرأس فيتيقن ان الاذنين مع الرأس عضوان مختلفان متباينان فى حق الجناية فلا يدخل أرش أحدهما فى الآخر وان ذهب عقله بالشجة يدخل أرش الموضحة فى دية العقل خلافا لزفر والشافعى والحسن لان الجناية وقعت على عضوين مختلفين فان محل الشجة الرأس ومحل العقل الصدر فكان كالسمع والبصر والصحيح قولنا لان الجناية وقعت على عضو واحد معنى لان العقل وان كان نورا وجوهرا مضيئا فى الصدر يبصر به الانسان عواقب الامور وحسن الاشياء وقبحها الا أن الدماغ كالفتيلة لهذا النور يقوى ويضعف بقوة الدماغ وضعفه ويزول ويذهب بفساد الدماغ فان كان العقل بهذا الاعتبار لتعلقه بالدماغ بقاء وذهابا فكانت الجناية واقعة على عضو واحد وقد أتلفت شيئين فيدخل الاقل فى الاكثر وأما البصر فانه ينظر اليه أهل العلم فان قالوا بذهابه وجبت الدية وان قالوا لا ندرى تعتبر الدعوى والانكار والقول قول الضارب لانه منكر وأما الشم فيختبر بالرائحة الكريهة المنتنة فان ظهر فيه تغير علم انه كاذب هذا كله اذا كان خطأ فان كانت الشجة موضحة عمدا فذهب سمعه وبصره أو قطع أصبعا فتلفت الاخرى بجنبها أو قطع اليمنى فشلت اليسرى تجب دية السمع والبصر ويجب أرش الاصبعين واليدين فى ماله ولا يقتص عند أبى حنيفة وعندهما يقتص فى الشجة والقطع ويغرم دية أخرى فى ماله ولو شجه موضحة فصارت منقلة أو كسر بعض سنه فاسود ما بقى أو قطع مفصلا فشل ما بقى ضمن الارش عندهما ولا يقتص لهما انهما اقتا محلين متباينين فان الفعل لا يعرف الا بالاثر فيتقدر بتقدر الاثر ألا ترى ان من رمى الى انسان فاصابه ونفذ منه فاصاب آخر فانه يجب القصاص للاول والدية للثانى وكذا اذا قطع أصبعا فاضطرب السكين فاصاب أصبعا أخرى خطأ يقتص فى الاولى ويجب الارش فى الثانية واذا صارت الجناية بمنزلة الجنايتين ثم تعذرت الشبهة فى أحدهما الى الاخرى له ان السراية لا تنفصل الى الجناية لان أثر الجناية لا ينفصل عنها فيكون الفعل معه اله أثران فى محلين فى شخص واحد ويتصور سراية الجناية الى جميع البدن فيتصور سرايتها فاذا لم يكن آخر الفعل موجبا للقصاص لا يكون أوله موجبا بخلاف المستشهد بهما لان أحدهما ليس من سراية الاخرى لانه لا يتصور سراية الفعل من شخص الى شخص فاختلف الفعل باختلاف المحلين فى شخصين ولو قطع أصبعا فسقطت أخرى الى جنبها لم يجب القصاص فيهما عند أبى حنيفة لما بينا وعند أبى يوسف يجب فى الاولى دون الثانية وعند محمد وجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة لان سراية الفعل تنسب الى الفاعل ويجب الفعل مباشرا للسراية فصار كما لو باشر اسقاطهما وكما لو سرى الى النفس قال رحمه الله ﴿وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا﴾ أى لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الاشياء بها لا يدخل أرش الموضحة فى أرش أحد هذه الاشياء وهذا عند أبى حنيفة ومحمد سواء كانت عمدا أو خطأ وقال أبو يوسف رحمه الله يدخل أرش الموضحة فى دية

السمع والكلام ولا يدخل فى دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه أرش الموضحة وأما السمع والكلام فباطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما أرش الموضحة كما يدخل فى أرش العقل وقد قدمناه بفروعه ولهما ان كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسها فيتعدد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها فى بعض لان العبرة لتعدد أثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضاء اذ لا ينتفع بالاعضاء بدونه فصار كالنفس قال فى معراج الدراية قال الهندوانى كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد ولو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد فى العقل ووقعت فى السمع والبصر على عضوين فلا يدخل اهـ أقول كما ينتقض الفرق المذكور فى الكتاب بالمسئلة التى ذكرها الهندوانى كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد ٧ فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم يعتبر العقل فى مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا لمحل الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما لو وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش فى الدية كما فى السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندوانى صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض منه أيضا فتأمل أو نقول ذهاب العقل فى معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك سائر الاعضاء أو نقول ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقال الحسن أرش الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر ٧ والحجة على ما بينا قال بعض الشراح ووجه الثانى ان السمع والكلام مبطن قال صاحب العناية قيل يريد به الكلام النفسى بحيث لا ترتسم فيه المعانى ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه و بين ذهاب والسمع العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففى جعله مبطنا نظر اهـ أقول يمكن أن يقال المراد به هو الثانى والمراد بكون السمع والكلام مبطنين كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى قال رحمه الله ﴿ولو شجه موضحة فذهبت عيناه أو قطع أصبعا فشلت أخرى أو قطع المفصل الاعلى فشل ما بقى أو كل اليد أو كسر نصف سنه فاسود ما بقى فلا قود﴾ وهذا كله قول أبى حنيفة مطلقا وقالا يجب القصاص فى الموضحة والدية فى العينين فيما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه وكذا اذا قطع أصبعا فشلت أخرى بجنبها يقتص للاولى ويجب الارش للاخرى وعنده لما لم يجب القصاص فى العضوين يجب أرش كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا كقطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقى منها يكتفى بارش واحد ان لم ينتفع بما بقى وان كان ينتفع به يجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل فى الباقى بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن واسود ما بقى أو اصفر أو احمر يجب السن كله بالاجماع ولو قال اقطع المفصل الاعلى واترك ما بقى أو قال اكسر القدر المكسور من السن واترك الباقى لم يكن له ذلك لان الفعل فى نفسه لم يقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال أشجه موضحة واترك الباقى ليس له ذلك والاصل عنده ان الفعل الواحد اذا أوجب مالا فى البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضوا واحدا لا يجب لهما وفى الخلاصة ان الفعل فى محلين مختلفين فيكون جنايتين لان الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كجنايتين مبتدأتين فالشبهة فى أحدهما لا تتعدى الى الآخر ولابى حنيفة ان الجزاء بالمثل والجرح الاول سار وليس فى وسعه السارى فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على انه سار ان فعله أثر فى نفس واحدة والسراية عبارة عن ايلام يتعاقب عن الجناية على البدن و يتحقق ذلك فى موضعين منهما كما يتحقق فى الاطراف مع النفس بان مات من الجناية بخلاف نفسين فان الفعل فى النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الاولى أو نقول ان ذهاب البصر ونحوه جعل بطريق التسبب فان الفعل باق على اسمه لم يتغير والاصل فى سراية الافعال أن لا يبقى الاول بعد حدوث السراية كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا وههنا الشجة أو القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسببا الى فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البئر والتسبب لا يوجب القصاص وعن محمد رحمه الله فى المسئلة الاولى وهى ما اذا شجه موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص منهما رواية ابن سماعة عنه ووجهه ان سراية الفعل انتسب الى فاعله شرعا حتى يجعل الفاعل مباشرا للسراية فيؤخذ به كما لو سرى الى النفس فانه يجب ويعتبر قتلا بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع أصبعا فشلت بجنبها أخرى أو شجه موضحة فذهب عقله أو كلامه لا يجب القصاص فى السمع والكلام والشلل لعدم الامكان وفى البصر يجب لامكان الاستيفاء ألا ترى انه لو أذهبه وحده بفعل مقصود منه يجب القصاص فى البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا ولو كسر بعض السن فسقطت ففيها

القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة لاقصاص فيها ولو شجه فاوضحه ثم شجه أخرى فاوضحه فتسكاملتا حتى صارتا شيأ واحدا فلا قصاص فيهما كما فى المشهور وعلى رواية ابن سماعة عن محمد يجب القصاص والوجه فيهما ما بيناه قال رحمه الله ﴿وان قلع سنه فنبتت مكانها أخرى سقط الارش﴾ وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والتى نبتت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو أتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال آخر ولهذا يستأنى حولا بالاجماع أى يؤجل سنة بالاجماع وذكر فى التتمة ان سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا ان قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يدرى عاقبته اهـ قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالا وذلك ليس بظاهر وانما الظاهر ما قالوه لان الحول يشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فكل فصل منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر فى انباته قال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال فى الذخيرة وبعض مشايخنا قال الاستيناء حولا من فصل القلع فى البالغ والصغير جميعا لقوله عليه الصلاة والسلام فى الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافى الاجماع قال رحمه الله ﴿وان أقيد فنبتت سن الاول تجب الدية﴾ معناه اذا قلع سن رجل فاقيد أى اقتص من القالع ثم نبتت سن الاول المقتص له يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا وينبغى أن ينظر الناس فى ذلك القصاص خوفا من مثله الا ان فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه ينبت فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد فاذا مضى الحول ولم تنبت فيه قضينا بالقصاص ثم اذا تبين انا أخطأنا فيه كان الاستيفاء بغير حق الا أن القصاص سقط للشبهة فيجب المال ولو ضرب سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر فعله فان سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليتيقن التأجيل بخلاف ما لو شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد القول كان القول للضارب لانه منكر وقصد مضى الاجل الذى ضرب للثانى ولو لم يسقط فلا شئ للضارب وان اختلفا فى حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب قياسا لانه هو المنكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار انكاره له كانكاره أصل الفعل وفى الاستحسان القول قول المضروب لان ما يظهر عقيب فعل من الاثر يحال على الفعل لانه هو الظاهر الا أن يقيم الضارب البينة انه بغيره قال رحمه الله ﴿وان شج رجلا فالتحم ولم يبق له أثر أو ضرب فجرح فبرأ وذهب اثره فلا أرش﴾ وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل وقال محمد رحمه الله عليه أجرة الطبيب لان ذلك أثر فعله فكان له أخذ ذلك من ماله واعطاؤه الطبيب وفى شرح الطحاوى فسر قول أبى يوسف عليه أرش الالم باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا اختلاف بين أبى يوسف ومحمد ولابى حنيفة رحمه الله ان الموجب هو الشين الذى يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحين أو ما يشبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شئ من ذلك فى حق الجانى فلا يلزم الغرامة وكذلك مجرد الالم لا يوجب شيأ لانه لا قيمة له بمجرد الالم ألا ترى ان من ضرب انسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شئ من الارش وكذا لو شتمه شتما يؤلم نفسه لا يضمن شيأ قال رحمه الله ﴿ولا قود بجرح حتى يبرأ﴾ وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما فى القصاص فى النفس ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه أحمد والدارقطنى ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن تسرى الى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء فيستقر به قال رحمه الله ﴿وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة كقتل الأب ابنه عمدا ففيه دية فى مال القاتل وكذا ما وجب صلحا أو اعترافا أو لم يكن نصف العشر﴾ أى نصف عشر الدية لما روى عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك يليق بالمخطئ لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب التغليظ والذى وجب بالصلح انما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما يجب بالعقد وانما تتحمل ما يجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار لا تتحمله العاقلة لان له ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم وانما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدى الى الاجحاف والاستئصال بالجانى والتأجيل تحرزا عنه فلا حاجة اليه ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلاث سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا لانه واجب بالعقد فيكون حالا بخلاف غيره وما دونه ارش الموضحة يجب فى سنة لا ما دون ثلث

الدية والثلث ومادونه يجب فى سنة وقال الشافعى رحمه الله ماوجب بقتل الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كسائر المتلفات ولنا ان المتلف ليس بمال وماليس بمال لايضمن بالمال أصلا لانه ليس بقيمة اذ لاتقوم مقامه وقيمة الشئ مايقوم مقامه وانما عرفنا تقومه بالمال بالشرع والشرع انما قومه بدية مؤجلة الى ثلاث سنين وايجاب المال حالا زيادة على ماأوجبه الشرع وصفا كما لايجوز ايجاب الزيادة على ماأوجبه الشرع قدرا قال رحمه الله ﴿وعمد الصبى والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان فيه﴾ أى عن الميراث والمعتوه كالصبى وقال الشافعى رحمه الله عمده عمد فتجب الدية فى ماله لان العمد هو القصد وهو ضد الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر وكان ينبغى أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة لانهم ليسوا من أهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الآخر وهو المال لانهم أهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة فانهم اذا سرقوا لايقطع أيديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق لما قلنا ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لانه أهل لفوات المالية دون الصوم لعدم الخطاب وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل ولنا ان مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى على رضى الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبى مظنة المرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل المخطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء أولى بهذا التخفيف فيجب على العاقلة اذا كان الواجب قدر نصف العشر أو أكثر بخلاف مادونه لانه يسلك به مسلك الاموال كما فى البالغ العاقل لانه لم يتحقق العمد منه لانه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل وهؤلاء عدموا العقل فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من أهلها والكفارة كاسمها ساترة ولا ذنب لهم تستره لانهم مرفوع عنهم القلم ولان الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة يعنى ان فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولايجب عليهم عبادة ولا عقوبة وكذا سبب الكفارة تكون دائرة بين الحظر والاباحة لكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلهم لايوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل ذلك ينبئ عن الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة والله أعلم

﴿فصل فى الجنين﴾ لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمى شرع فى بيان أحكامها المتعلقة بالآدمى من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ماذكر شمس الأئمة السرخسى فى أصوله ان الجنين مادام مجتنا فى البطن ليس له ذمة صالحة لكونه فى حكم جزء من الام لكنه منفرد بالحياة بعد لأن يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الاول لايكون أهلا لوجوب الحق عليه فاما بعدما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان أتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولى جنين على وزن فعيل بمعنى مفعول وهو مجنون أى مستور من جنه اذا ستره من باب طلب والجنين اسم للولد فى بطن أمه مادام فيه والجمع أجنة فاذا ولد يسمى وليدا ثم رضيعا الى غير ذلك قال رحمه الله ﴿ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا تجب غرة نصف عشر الدية﴾ الغرة الخيار غرة المال خياره كالفرس والبعير البخت والعبد والامة ألفا درهم ٧ وقيل انما سمى مايجب فى الجنين غرة لانه أول مقدار ظهر فى باب الدية وغرة الشئ أوله كما سمى أول الشهر غرة وسمى وجه الانسان غرة لانه أول شئ يظهر منه والمراد بنصف عشر الدية دية الرجل لو كان الجنين ذكرا وفى الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لم يبين فى المختصر انه ذكر أو أنثى لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل والقياس ان لايجب شئ فى الجنين لانه لم يتحقق جناية والظاهر لايصلح حجة للاستحقاق ولهذا لايجب فى جنين البهيمة الا نقصان الام ان نقصت والا فلا يجب شئ والقياس أن يجب كمال الدية لانه بضربه منع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح ولهذا المعنى وجبت قيمة ولد المغرور فانه منع من حدوث الرق فيه وكذلك وجب على المحرم قيمة بيض الصيد فى كسره وجه الاستحسان ماروى ان امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها ومافى بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة كذا وجدته بخط شيخى وفى المنتقى رجل ضرب بطن امرأته فالقت جنينا حيا ثم مات ثم ألقت جنينا ميتا ثم ماتت الام بعد ذلك وللرجل الضارب بنت من غير هذه المرأة وليس له ولد من هذه التى ولدت ولها اخوة من أبيها وأمها فعلى عاقلة الاب دية الولد الذى وقع حيا ثم مات ترث من ذلك أمه السدس ومابقى فلاخت هذا الولد من أبيه وعلى والده كفارتان فى الولد الواقع حيا وكفارة فى أمه والولد الذى سقط ميتا ففيه غرة على عاقلة الاب خمسمائة ويكون للام من ذلك

السدس أيضا ومابقي فلاخت هذا الولد من أبيه أيضا فلو كان الرجل ضرب بطنها بالسيف عمدا فقطع البطن ووقع أحد الولدين حيا وبه جراحة السيف ثم مات ووقع الآخر ميتا وبه جراحة السيف أيضا ثم ماتت الام من ذلك فعلى الرجل القود في الام وعلى عاقلته دية الولد الحي وغرة الجنين الميت قال محمد في الجامع الصغير وأطلق في قوله امرأة قال في السراجية فشمل الحرة مسلمة كانت أو كافرة ويكون بدل الجنين بين الورثة وفي الكافي هذا اذا تبين خلقه أو بعض خلقه وفي شرح الطحاوي أو كانت أمة علقت من سيدها والكفارة في الجنين تجب في سنة واحدة وفي شرح الطحاوي ولو ألقت جنينين تجب غرتان وان كان أحدهما خرج حيا ثم مات والآخر خرج ميتا تجب غرة ودية وعلى الضارب الكفارة وان ماتت الام ثم خرج الجنينان تجب دية الام وحدها الا اذا خرج الجنينان ثم ماتا تجب عليه ثلاث ديات فاعتبر على هذا القياس وان كان في بطنها جنينان فخرج أحدهما قبل موت الام وخرج الآخر بعد موت الام وهما ميتان تجب الغرة في الذي خرج قبل موت الام ولا يرث من دية أمه شيأ وترث الام من ديته والجنين الآخر وهو الذي خرج بعد موت أمه لا يرث من أحد ولا يورث عنه قال وان كان الذي خرج بعد موت الام خرج حيا ثم مات ففيه الدية كاملة وفي شرح الطحاوي ولو خرج الولد حيا ثم مات تجب ديتان قال ويرث هذا الجنين من دية أمه وهل يرث هذا الجنين الاول وهو الذي خرج ميتا قبل موت الام ينظر ان كان الآخر حيا لا يرث وان لم يكن حيا يرث قال رحمه الله ﴿وان ألقته حيا فمات فدية﴾ أي تجب دية كاملة لانه اتلاف آدميا خطأ أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة قال رحمه الله ﴿فان ألقت ميتا فماتت الام فدية وغرة﴾ لما روينا ولانهما جنايتان فيجب فيهما موجبهما وهذا لما عرف ان الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كما اذا رمى فأصاب شخصا ونفذت منه الى آخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كان خطأ وان كان الاول عمدا يجب القصاص في الاول وفي الثاني الدية قال رحمه الله ﴿وان ماتت فألقته ميتا فدية فقط﴾ وقال الشافعي تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه ظاهرا فصار كما اذا ألقته ميتا وهي بالحياة ولنا ان موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيتحقق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص اذ الاحتمال فيه أقل فلا يجب شيء بالشك وان ألقته حيا بعد ما ماتت تجب ديتان دية الام ودية الولد لانه كما اذا ألقته حيا ومات قال رحمه الله ﴿ومايجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب﴾ فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها ﴿ وانما يورث لانه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدله فيرثها وارثه ولا يرث الضارب من الغرة شيأ لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة قال رحمه الله ﴿وفي جنين الامة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو أنثى﴾ وقال الشافعي يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يومئذ بمقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له في الشرع والدليل على انه بدل نفسه ان الامة أجمعت على انه لا يشترط فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب الا عند نقصان الاصل ويؤيد ذلك ان ما يجب في جنين الحرة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف لانه لا يورث وانما يختلفان في ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث في الحر فاذا ثبت انه ضمان النفس كان دية مقدرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات ولا نسلم ان الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين اذ لو كان حيا تجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان بقدر دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى هذا دية الحر اذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير مغرور وأما اذا كان من أحدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا كان أو أنثى كما تقدم وفي نوادر ابن سماعة رجل قال لامته الحبلى أحد الولدين اللذين في بطنك حر فضرب انسان بطنها فالقت جنينين ميتين غلام وجارية قال على الجاني غرة وذلك خمسمائة وعليه أيضا في الغلام ربع عشر قيمته لو كان حيا وعليه في الجارية نصف خمسمائة ونصف عشر قيمتها وفي العيون هشام عن أبي يوسف في رجل اشترى أمة حاملا فلم يقبضها حتى أعتق ما في بطنها ثم ضرب انسان بطنها فالقت غلاما ميتا فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الامة بجميع الثمن واتبع الجاني بارش الجنين أرش حر فيكون له الفضل طيبا وان شاء فسخ البيع في الامة ولزمه الولد بحصته من الثمن ولو كان للجنين أب حر كان أرش الجنين لوالده في الوجهين جميعا ولا شيء للمشتري وفي التتمة وسئل يوسف بن محمد البلالي عن رجل زنى بجارية الغير فأحبلها ثم احتال هو وامرأته فأسقطا الحمل من الجارية وماتت الجارية بذلك السبب ما الحكم في ذلك وما يجب عليهما

فقال

فقال أما الجارية فانه يجب عليه ضمانها اذا ماتت بذلك السبب وفى الحمل الغرة ان كان ميتا وان سقط وهو حى ثم مات فانه يجب قيمته وان كان الحمل ماء ودما فانه لا يجب فيه شئ وفى المنتقى قال أبو حنيفة وأبو يوسف اذا ضرب الرجل بطن امرأته فألقت جنينا ميتا فلا كفارة عليه ولا يرث منه وان ألقت جنينا ميتا قد استبان من خلقه شئ ثم ماتت هى من تلك الضربة ثم ألقت جنينا حيا ومات ففى الاول الغرة وفى الام الدية وفى الجنين الثانى الدية كاملة وفى النسفية سئل عن مختلعة حامل مضت عدتها باسقاط الولد هل للزوج ان يخاصمها فى هذا الحمل فقال ان أسقطته بفعلها وجب عليها للزوج غرة قيمتها خمسمائة درهم نقرة خالصة ولا يسقط شئ من ذلك لميراثها لانها قاتلة فلا ترث وسئل أبو القاسم عن امرأة شربت الدواء فالقت جنينها ميتا أو حملت حملا ثقيلا فالقت جنينا ميتا ان على عاقلتها خمسمائة درهم فى سنة واحدة لوارث الحمل أبا كان أو غيره وان لم يكن لها عاقلة فهى فى مالها فى سنة وفى الحاوى وذلك لزوجها لانه هو الوارث قاله يوسف بن عيسى وفى جامع الفتاوى ولو لم يعلم انه ذكر أو أنثى يؤخذ بالمتيقن كالخنثى المشكل ضاع الجنين ولا يمكنها تقويمه باعتبار قيمته وهيآته ووقع التنازع فى قيمته القول للضارب لانه المنكر كما لو قتل عبدا خطأ ووقع التنازع فى قيمته وعجز القاضى عن تقويمه باعتبار حاله كان القول للضارب كذا فى شرح الهداية للعينى قال رحمه الله ﴿فان حرره سيده بعد ضربه فالقته فات ففيه قيمته حيا﴾ ولا تجب الدية وان كان بعد العتق لان الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا له وهو حى فاعتبرنا حالتى السبب والتلف فأوجبنا عليه القيمة باعتبار حالتى السبب وهو الضرب لانه رقيق حينئذ وأوجبنا عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كانه ضربه فى الحال وكان ينبغى ان يجب ما نقص بضربه الى ان يوجد العتق كما لو قطع يد عبد أو جرحه فاعتقه المولى ثم مات يجب عليه أرش اليد والجرح وما نقص من قيمته الى العتق لان العتق يقطع السراية لكن اعتبر فيه الحالتان لجعل كان الضرب لم يوجد فى حق الجنين لان المقصود بالضرب الام فأوجبنا القيمة دون الدية لانه صار قاتلا له بالضرب الاول فصار كما لو رمى عبدا فأعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فانه تجب عليه القيمة للمولى لان الرمى ليس بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شئ بدون الاتصال بخلاف القطع والجرح لانه جناية فى الحال والعتق يقطع السراية ومع هذا تجب القيمة دون الدية لانه يصير قاتلا له من وقت الرمى لانه الفعل المملوك له وقال فخر الاسلام قال بعض مشايخنا معنى قوله ضمن أى الدية وقوله ولا تجب الدية ليس هو فى الجامع الصغير ووجه ان الضرب وقع على الام فلم يعتبر جناية فى الجنين الا بعد الانفصال حيا ولذلك لم تنقطع سرايته بخلاف من جرح فأعتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد به حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت منه لكن لا يعتبر فى حق الجنين مقصودا الا بعد الانفصال فاشبه الرمى الذى تم من الرامى ولا يعتبر فى حق المرمى اليه الا بعد الاصابة وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان القطع قاطع السراية وقيد بقوله بعد ضربه لانه لو حرره قبل الضرب فالقته حيا فالواجب الدية على قولهما وعلى قول الامام تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب واختلاف المشايخ لمن يكون هذا المقدار قال بعضهم لورثة هذا الجنين وقال بعضهم للمولى وكذا فى التتارخانية قال رحمه الله ﴿ولا كفارة فى الجنين﴾ وقال الشافعى رحمه الله تجب الكفارة لانه نفس من وجه فتجب احتياطا لما فيها من العبادة ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها معنى العبادة لانها تتأدى بالصوم وقد عرف وجوبها فى النفس المطلقة فلا تتعداها لان العقوبة لا يجرى فيها القياس وقول الشافعى فيه تناقض لانه يعتبره جزأ حتى أوجب عليه عشر قيمة الام وههنا اعتبره نفسا حتى أوجب فيه الكفارة ونحن اعتبرناه جزأ من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا تجب فيه الكفارة لان الاعضاء لا كفارة فيها الا اذا تبرع بها هو لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب بها الى الله تعالى كان أفضل ويستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة والجنين الذى استبان بعض خلقه فى جميع ما ذكرنا من الاحكام كالتام لاطلاق ما روينا ولانه ولد فى حق الاحكام كامومية الولد وانقضاء العدة به والنفاس وغير ذلك فكذا فى حق هذا الحكم ولانه يتميز من العلقة والدم فلا بد منه قال رحمه الله ﴿وان شربت دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بلا اذن﴾ لانها ألقته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا ولا ترث هى من الغرة شيأ لانها قاتلته بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن الزوج حيث لا تجب الغرة لعدم التعدى ولو فعلت أم الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلا شئ عليها لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين أنه ليس بمالك لهما وانه مغرور وولد المغرور حر الاصل وهى متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة

للجنين فتجب الغرة له ويقال للمستحق ان شئت سلم الجارية وان شئت افدها لانه الحكم فى جناية المملوك وفى جامع الفتاوى
وفى نوادر رستم امرأة شربت دواء لتسقط ولدها عمدا فالقت جنينا حيا ثم مات فعلى العاقلة الدية ولا ترث منه شيأ وعليها الكفارة
وان ألقت جنينا ميتا فعلى عاقلتها غرة ولا ترث منه شيأ وعليها الكفارة وقال أبو بكر فى هذه الصورة انها اذا أسقطت سقطا ليس عليها
الا التوبة والاستغفار وان كان جنينا فعليها غرة وتأويله اذا شربت دواء يوجب سقوط الولد وتعمدت ذلك وفى المنتقى رواية
مجهولة امرأة شربت دواء فاسقطت وكانت شربت لغير ذلك يعنى لغير اسقاط الولد فعليها الغرة ولا كفارة عليها فى قول أبى حنيفة
ومحمد ولا ترثه وقال بعضهم عليها الكفارة وهذا الجواب من زيادات الحاوى وفى المنتقى سئل أبو بكر عن حامل أرادت ان تلقى
العلقة لغلبة الدم قال تسأل أهل الطب عن ذلك ان قالوا يضر بالحمل لا تفعل وان قالوا لا يضر تفعل وكذا الحجامة والفصد قال الفقيه
وسمعت ممن يعرف ذلك الامر قال لا ينبغى لها ان تفعل مالم يتحرك الولد فاذا تحرك فلا بأس بالحجامة مالم تقرب الولادة فاذا قربت
فلا تفعل وأما الفصد فالامتناع فى حال الحبل أفضل لانه يخاف على الولد الا ان يدخل الام ضرر بين فى تركه وفى فتاوى النسفى
سئل عن مختلعة وهى حامل احتالت لاسقاط العدة باسقاط الولد قال ان سقط بفعلها وجب عليها الغرة ويكون ذلك للزوج وفى
الحاوى وهى لا ترث منه لانها قاتلة قال الاب اذا ضرب ابنه الصغير تأديبا فعطب من ذلك ينظر ان ضربه حيث لا يضرب للتأديب
فعليه الدية والكفارة عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا شئ عليه وفى نوادر بشر عن أبى يوسف ان عليه كفارة وعلى هذا
الخلاف الوصى اذا ضرب الصغير تاديبا وفى الكبرى وان كان ضربه المعلم فى الموضع المعتاد فمات لا يضمن هو ولا الاب ولا الوصى
فى قولهم جميعا وكذا المؤدب الذى يعلمه الكتابة اذا ضربه باذن والده لا ضمان عليه وعليه الكفارة فى قولهما وهذا اذا كان
ضربه المعلم فى موضع معتاد وفى رواية مجهولة لا كفارة عليهما والفتوى على الاول والزوج اذا ضرب زوجته حيث تضرب للتأديب
مثل ما تضرب حال نشوزها يضمن بالاجماع والاب والوصى اذا اسلما الصغير الى معلم يعلمه القرآن أو علما آخر فضربه المعلم للتعليم
فلا ضمان على المعلم ولا على الاب والوصى وفى المنتقى عن أبى حنيفة وأبى يوسف ان عليه الكفارة وان ضربه حيث لا يضرب أو
فوق ضرب التعليم فالمعلم ضامن قال هشام فى نوادره قلت لمحمد ان لم يكن الاب قال له فى أمر الضرب شيأ قال يضمن المعلم وفى رواية
فى بعض النسخ ان ضرب الصغير انما يضمن على قول أبى حنيفه اذا كان للتأديب أما اذا ضربه لتعليم القرآن لا يضمن كالمعلم
فاذا لا فرق بين ضرب المعلم باذن الاب وبين ضرب الاب اذا كان للتعليم وذكر شمس الائمة الحلوانى فى شرح كتاب الاجارات
أن فى ضرب الاب ابنه وفى ضرب الزوج زوجته روايتين عن محمد فى رواية يضمن وفى رواية لا يضمن وأما الوالدة اذا ضربت ولدها
الصغير للتأديب فلا شك انها تضمن على قول أبى حنيفة وقد اختلف المشايخ فيه على قولهما قال بعضهم لا تضمن وقال بعضهم هى
ضامنة لان الضرب تصرف فى النفس وليس لها ولاية التصرف فى النفس أصلا وفى كتاب العلل للزوج ان يضرب امرأته على
ترك الصلاة وللاب أن يضرب ابنه على ترك الصلاة وذكر مسئلة المعلم اذا ضرب الصغير باذن الاب على الاتفاق قال نحو ما ذكرنا
قال محمد ثمة وهذا عندنا وفى العيون اذا قال لرجلين اضربا مملوكى هذا مائة سوط فليس لاحدهما ان يضربه المائة كلها فان ضربه
أحدهما تسعة وتسعين وضربه الآخر سوطا واحدا ففى القياس يضمن ضارب الاكثر وفى رواية لا يضمن وهو نظير ما لو قال
لامرأتيه ان أكلتما هذا الخبز فأنتما طالقتان فأكلتاه وان أكلت احداهما عامته والاخرى بقيته لا تطلق استحسانا وفى الكبرى
المحترف اذا ضرب التلميذ فمات ان كان ضربه بأمر أبيه أو وصيه لا يضمن اذا كان فى الموضع المعتاد لو ضرب امرأته على المضجع
أو فى أدب فماتت يضمن اجماعا وعليه الكفارة هما فرقا بينها وبين الاب فان ضرب الاب لمنفعة الابن وضرب المرأة لمنفعة الزوج
وفى السراجية رجل ضرب رجلا سياطا فجرحه فبرأ منه فعليه ارش الضرب ان بقى أثر الضرب وان لم يبق لا يجب عليه شئ سوى
التعزير وقال أبو يوسف تجب حكومة عدل وقال محمد أجرة الطبيب وثمن الادوية وفى الجامع الصغير الخامسة وهذا اذا جرح ابتداء
فأما اذا لم يجرح فى الابتداء لا يجب بالاتفاق وفى المنتقى رجل قتل عمدا وله أخ معروف فأقر أخوه بابن المقتول وادعى ذلك الابن
وهو كبير فان للمقر به القود وقال أبو الفضل هذا الجواب خلاف ما فى الاصل وفى نوادر هشام عن أبى يوسف رجل ادعى انه عبده
وأقام البينة وشهد الشهود انه كان عبده فاعتقه وهو حر اليوم فان كان له وارث قضى لوارثه بالقصاص فى العمد وبالدية فى الخطا وان
لم يكن له وارث فلمولاه قيمته فى العمد والخطا وفى نوادر ابن سماعة قال سمعت أبا يوسف يقول فى رجل فى يده صبى صغير فقطع

الرجل يد الصبي عمدا ثم قال القاطع هو عبدك وقال الذي في يده هو ابني لا أصدقه على ذلك ولو قال هذه المقالة قبل موت المجني عليه فعلى الجاني القود وفي المنتقى رجل جرح فقال فلان قتلني ثم أقام وارثه بينة على رجل آخر انه قتله قبلت بينته وذكر بعد ذلك هذه المسئلة عن أبي يوسف رجل قال فلان جرحني فأقام ابن له بينة على ابن له آخر انه جرحه خطأ فاني أقبل البينة على الابن وأحرمه عن الميراث بذلك فلما أجزنا ذلك في الميراث جعلنا الدية على عاقلته قال هشام سمعت محمدا يقول في رجل أدخل نائما أو مغمى عليه في بيته فسقط البيت عليه قال لا يضمن الا في المعتوه والصبي وفي المنتقى رجل فقأ عيني عبد وقطع الآخر رجله أو يده فبرأ وكانت الجناية منهما معا فعليهما قيمته أثلاثا ويأخذان العبد فيكون بينهما على قدر ذلك وكذلك كل جارحة من اثنين معا جراحة هذا في عضو وجراحة الآخر في عضو تستغرق ذلك القيمة كلها فانه يدفعه اليهما ويغرمان قيمته على قدر أرش جراحتهما ويكون بينهما على ذلك وان مات منهما والجراحة خطأ فعلى كل واحد منهما فعلى الجارح الاول أرش جراحته من قيمته مجروحا بالجراحة الأولى وما بقي من قيمته فعليهما نصفان وان برأ منهما والجراحة الاخيرة تستغرق القيمة والجراحة الأولى لا تستغرق فعلى الأول أرش جراحته وعلى الثاني قيمته مجروحا بالجرح الأول ويدفع العبد اليه وان كانت الجراحة الأولى هي التي تستغرق القيمة فعلى الجارح الثاني أرش جراحته ومن أمسك رجلا حتى جاء آخر وقتله عمدا أو خطأ فلا شيء على الممسك عندنا وعلى القاتل القصاص في العمد والدية في الخطأ وهي مسئلة كتاب الديات وعلى هذا من أمسك رجلا حتى جاء آخر وأخذ دراهمه فضمان الدراهم على الآخذ عندنا لا على الممسك وفي الخانية لو وطئ جارية انسان بشبهة أو أزال بكارتها فعلى قول أبي يوسف ومحمد ينظر الى مهر مثلها فيزاد الى نقصان بكارتها ان كان أكثر يجب ذلك ويدخل الاقل في الاكثر ولو ان صبيا زنى في صبية وأذهب عذرتها كان عليه المهر بازالة البكارة لو كانت المرأة بالغة مستكرهة وان كانت مطاوعة لا يجب المهر لانه لو وجب على الصبي كان لولي الصبي أن يرجع بذلك عليها كما لو أمر صبيا بشيء يلحقه ضمانه كان لولي الصغير أن يرجع على الآمر فلا يفيد تضمين الصغير ولو ان امرأة بالغة غصبها فزنى بها وأذهب عذرتها بأمرها كان على الصبي مهرها لان أمر الامة لم يصح في حق مولى الامة حريق وقع في محلة فهدم رجل دار غيره بغير أمر صاحبه وبغير أمر السلطان حتى ينقطع عن داره ضمن ولم يأثم ابن سماعة عن محمد حر معه سيف وعبد معه عصا فالتقيا وضرب كل واحد منهما صاحبه حتى قتله وماتا ولا يدرى أيهما بدأ بالضرب فليس على ورثة الحر ولا على مولى العبد شيء وان كان السيف بيد العبد والعصي بيد الحر فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد ولا شيء لورثة الحر على مولى العبد وان كان بيد كل واحد منهما عصا وضرب كل واحد منهما الآخر وشجه موضحة ثم ماتا ولا يدرى من الذي بدأ بالضرب فعلى عاقلة الحر قيمة العبد صحيحا لمولاه ثم يقال لمولاه ادفع من ذلك قيمة الشجة الى ولي الحر وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شيء منه بشر بن الوليد عن أبي يوسف في رجلين ضرب كل واحد منهما صاحبه هذا بالسيف وهذا معه عصا فماتا ولا يدرى أيهما بدأ قال على صاحب العصا نصف دية صاحب السيف على عاقلته وليس لصاحب العصا شيء واذا جرح الرجل عمدا بالسيف فاشهد المجروح بالسيف على نفسه ان فلانا لم يجرحه ثم مات المجروح من ذلك هل يصح هذا الاشهاد قالوا هذا على وجهين اما أن تكون جراحة فلان معروفة عند القاضي وعند الناس أو غير معروفة فان لم تكن معروفة كان الاشهاد صحيحا وفي الذخيرة وان أقام الورثة بينة بعد ذلك على ان فلانا جرحه لم تقبل هذه البينة وفي التجريد ولو أمر رجل عشرة رجال أن يضرب كل واحد منهم عبده سوطا ففعلوا ثم ان آخر ضرب سوطا ولم يأمره فمات العبد من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر أرش ما نقص بضربه مضروبا بعشرة أسواط وعليه أيضا جزء من أحد عشر جزأ من قيمته مضروبا أحد عشر سوطا ولو أن المولى ضربه بيده عشرة أسواط ثم ضربه هذا الرجل سوطا ومات فعليه نقصان سوطه ونصف قيمته مضروبا أحد عشر سوطا وفي الجامع الصغير عن محمد فيمن اجتمع عليه الصبيان أو المجانين يريدون قتله وفي الحاوي أو أخذ ماله ولا يقدر على دفعهم الا بالقتل قال ليس له أن يقتلهم ولو قتل تجب عليه الدية قال المعلى قلت لمحمد ان صاحبنا يقول بالضمان وعنى انه أبو مطيع قال المعلى كنت في الطواف فاذا محمد بن الحسن فقال يا خراساني القول ما قال صاحبكم قال الشيخ وبه يفتي وكان نصير يقضي بالضمان في الصبي والمجنون والبهيمة اذا قتله الرجل دافعا وكان الفقيه أبو بكر يفتي بعدم الضمان قال الفقيه أبو الليث هذا القول يخالف ما قيل في الروايات الظاهرة وفي فتاوى الذخيرة أمة الرجل اذا ارتدت والعياذ بالله تعالى فقتلها رجل فلا شيء على القاتل هكذا ذكر محمد وفي غيرها ان على القاتل قيمتها وفي النسفية سئل عمن سعى فيه الى السلطان وأخذ من الرجل مالا ظلما هل يضمن للساعي قال نعم

وروى هذا عن زفر وأخذ به كثير من مشايخنا لما فيه من المصلحة فتاوى الخلاصة من سعى برجل الى سلطان حتى غرمه لا يخلو من ثلاثة أوجه أحدها ان كانت السعاية بحق بان كان يؤذيه ولا يمكنه دفع الاذى الا بالرفع الى السلطان أو كان فاسقا لا يمتنع عن الفسق بالامر بالمعروف وفى مثل هذا لا يضمن الساعى الثانى أن يقول ان فلانا وجد كنزا أو لقطة وظهر انه كاذب ضمن الا اذا كان السلطان عادلا لا يغرم بمثل هذه السعايات أو قد يغرم وقد لا يغرم لا يضمن الساعى الثالث اذا وقع فى قلبه ان فلانا يجيء الى امرأته فرفع الى السلطان فغرمه السلطان ثم ظهر كذبه فعندهما لا يضمن الساعى وعند محمد يضمن وقال صدر الاسلام فى كتاب اللقطة والفتوى على قول محمد لغلبة السعاية فى زماننا وقيل سواء قال صدقا أو كذبا ان لم يكن محتسبا وليس للسلطان حق الاخذ على قياس قول محمد اذا أمر الاعوان باخذ المال باعتبار الظاهر لا يجب واعتبار السعاية يجب أما اذا لم يأمر الاعوان ولكن أراه بيته وأخذ من بيته شيأ لا يضمن وقال الشيخ الامام لا يضمن الجانى مطلقا قال الفقيه أبو الليث الساعى لا يضمن أيضا والمشايخ المتأخرون منهم القاضى الامام على السغدى والحاكم عبد الرحمن وغيرهما أفتوا بوجوب الضمان على الساعى هكذا اختار الصدر الشهيد وهو أصح ولو قال عند السلطان ان لفلان فرسا جيدا أو جارية حسناء والسلطان يأخذ فاخذ يضمن ولو كان الساعى عبدا يطلب بعد العتق ولو اشترى شيأ فقيل له اشتريت بثمن غال فسعى عند ظالم وأخذه ان كان قال صدقا لا يضمن وان كان كذبا يضمن وقال فى الجامع الصغير قال أبو نصر الدبوسى فيمن قطع يد عبده أو قتله ان عليه التعزير وفى الفتاوى عن خلف قال سألت أسد بن عمرو عمن ضرب به بيده أو رجله ومات منه قال هذا شبه العمد وفى المنتقى عن محمد قال فى رجل قصد أن يضرب آخر بالسيف فاخذ المضروب السيف من يده فقطع السيف أصابع الآخر قال ان كان من غير المفصل فعلى الجاذب الدية وان كان من المفصل فعليه القصاص وفى المنتقى رجل قتل عمدا وله ابنان وامرأة فعفت المرأة عن الدم ثم ان أحد الابنين قتل القاتل وهو يعلم العفو فعليه الدية فى ماله فى ثلاث سنين يدفع عنه من ذلك ما كان له على قاتل الاب وأما اذا قتل أحدهما أباه عمدا وقتل الآخر أمه عمدا فللاول أن يقتل الثانى بالام ويسقط القصاص عن الاب لان القصاص الاول لما قتل صار القصاص موروثا بين الابن الآخر وبين الام للام من ذلك الثمن فان قتل الآخر الام صار الثمن الذى ورثته الام من الاب ميراث الاول فسقط ضرورة واذا جنى على مكاتب انسان ثم دبره مولاه لا تهدر السراية بل تكون السراية مضمونة على الجانى بعد التدبير ولو كاتبه أو أعتقه هدرت السراية أيضا واذا جنى على مكاتب انسان ثم أدى المكاتب فعتق ثم مات المكاتب من تلك الجناية فعلى الجانى قيمة المكاتب لا الدية وان مات حرا وقال فى المنتقى رجل شهد له رجلان أنه قتل ابن هذا فلان وشهد آخران لهذا الرجل أيضا انه قتل ابن هذا فلانا وسميا ابنا آخر له غير الذى سمياه الاولان وزكى الفريق الاول ولم يزك الفريق الثانى فدفع المشهود عليه الى المشهود له ليقتله فقال المشهود له أنا أقتلك بابنى الذى لم تزك الشهود على قتله ولا أقتلك بابنى الذى زكى الشهود على قتله ثم قتله فلا شئ عليه وان قال لم يقتل ابنى الذى زكى الشهود على قتله وانما قتل ابنا آخر لى فقتله كان عليه الدية استحسانا وفى القياس عليه القتل وفى المنتقى قال محمد فى نصرانى شهد عليه نصرانيان انه قتل ابن هذا النصرانى عمدا فقضى عليه بالقصاص ودفع اليه ليقتله فاسلم فانى أدرأ عنه القتل وأجعل عليه الدية وروى الحسن عن أبى حنيفة فى مسلم قطع يد عبد النصرانى عمدا فاقام العبد بينة على النصرانى ان مولاه كان أعتقه قبل ان يقطع هذا المسلم يده قبلت شهادتهم على العتق ولا يقضى له بالقصاص وله نصف القيمة والله تعالى أعلم بالصواب

﴿باب ما يحدث الرجل فى الطريق﴾

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع فى بيان أحكامه تسببا وقدم الاول لكونه أصلا لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعا فكان أمس حاجة الى معرفة أحكامه قال رحمه الله ﴿ومن أخرج الى طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو دكانا فلكل نزعه﴾ أى لكل أحد من أهل المرور الخصومة مطالبة بالنقض كالمسلم البالغ العاقل الحر وكالذمى لان لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فتكون له الخصومة بنفسه كما فى الملك المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم لان مخاصمة المحجور عليهم لا تعتبر فى ماله بخلاف الذمى هذا اذا بنى لنفسه قيد بما ذكر ليحترز عما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينتقض كذا روى عن محمد رحمه الله وقال اسمعيل الصفار انما ينقض بخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو أراد به ازالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما فى قدرته علم

انه متعنت قال فى العناية الكنيف المستراح والميزاب والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبنى عليه ثم الكلام فى هذه المسئلة فى ثلاثة مواضع أحدها فى انه هل يحل له احداثه فى الطريق أم لا والثانى فى الخصومة فى منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده والثالث فى ضمان ما تلف بهذه الاشياء أما الاحداث فقال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له ان يحدث ذلك وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه مالم يمنع منه لان الانتفاع فى الطريق بغير ان يضر باحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به اذا احتاج اليه فاذا أضر بالمار لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام لاضرر ولا اضرار فى الاسلام وهذا نظير من عليه الدين فانه لا يسعه التأخير اذا طالبه صاحبه فلو لم يطالبه جاز له تأخيره وعلى هذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان أضر لم يجز لما قلنا وأما الخصومة فيه فقال أبو حنيفة لكل واحد من عرض الناس ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لافتياته على رأيه لان التدبير فى أمور العامة الى الامام العرض بالضم الناحية والمراد واحد من الناس وعلى قول أبى يوسف لكل واحد ان يمنعه من ذلك وعلى قول محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر الناس لانه مأذون له فى احداثه شرعا ألا ترى أنه يجوز له ذلك ان لم يمنعه أحد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو أذن له الامام بل أولى لان اذن الشارع أحرى ولاية وأقوى كالمرور حتى لا يجوز لاحد أن يمنعه وجوابه ان هذا انتفاع بما لم توضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جائزا فى نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا يكون لاحد منعه قال رحمه الله ﴿وله التصرف فى النافذ الا اذا أضر﴾ أى له أن يتصرف باحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره فى الطريق النافذ اذا لم يضر بالعامة معناه اذا لم يمنعه أحد وقد ذكرناه والخلاف الذى فيه فلا نعيده قال رحمه الله ﴿وفى غيره لا يتصرف فيه الا باذنهم﴾ أى فى غير النافذ من الطريق لا يتصرف أحد باحداث ما ذكرنا الا باذن أهله لان الطريق التى ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف فى الملك المشترك من الوجه الذى لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل أضر بهم أو لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به مالم يضر باحد ولانه اذا كان حق العامة فيتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد كانه هو المالك وحده فى حق الانتفاع مالم يضر باحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فيبقى على شركته حقيقة وحكما وفى المنتقى انما يؤمر برفع هذه الاشياء اذا علم حدوثها فلو كانت قديمة فليس لاحد حق الرفع وان لم يدر حال هذه الاشياء تجعل قديمة وهذا هو الاصل قال رحمه الله ﴿فان مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته كما لو حفر بئرا فى طريق أو وضع حجرا فتلف به انسان﴾ أى اذا مات انسان بسقوط ما ذكره من كنيف أو ميزاب أو جرصن فديته على عاقلة من أخرجه الى الطريق لانه تسبب للهلاك متعديا فى احداث ما تضرر به المارة باشغال هواء الطريق به أو باحداث ما يحول بينهم وبين الطريق وكذا اذا عثر بنقضه انسان ولو عثر بما أحدث به هو رجل فوقع على آخر فماتا فديتهما على عاقلة من أحدثه لان الواقع كالمدفوع على الآخر ولو سقط الميزاب فاصاب ما كان فى الداخل رجلا فقتله فلا ضمان على أحد لانه وضع ذلك فى ملكه فلا يكون متعديا فيه وان أصابه ما كان خارجا فيه يضمن وان لم يعلم أخرجا أم دخلا لانه ان كان خارجا ضمن وان كان داخلا لا يضمن ففى القياس لا يضمن بالشك لان فراغ ذمته ثابت بيقين وفى الشغل شك وفى الاستحسان يضمن النصف لانه فى حال يضمن الكل وفى حال لا يضمن شيأ فيضمن النصف ولا يقال ينبغى ان يضمن ثلاثة أرباع الدية لانه يضمن فى حالة النصف وهو ما اذا أصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الاول ثلاثة أرباع لان أحوال الاصابة حالة واحدة فلا تتعدد لاستحالة اجتماعهما بخلاف حالة الجرحين ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الكل فاصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المائل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط فى ملك المشترى على انسان حيث لا يضمن البائع ولا المشترى لان المشترى لم يشهد عليه وهو شرط الحائط المائل وفى حق البائع قد بطل الاشهاد الاول لان الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لانه لا يتمكن من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال الطريق لا باعتبار الملك والاشغال باق بعد البيع ألا ترى ان ذلك الاشغال لو حصل من غير مالك كالمستأجر أو المعير أو الغاصب يضمن وفى الحائط لا يضمن غير المالك ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع قبل ان يفرغوا من

العمل فقتل انسانا فالضمان عليهم لان التالف بفعلهم لان العمل لا يكون مسلما الى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة و يحرمون من الارث بخلاف ماتقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبب وهنا مباشرة والقتل غير داخل فى عقده فلم يستند فعلهم اليه فاقتصر عليهم قال شيخ الاسلام رحمه الله تعالى هذا على وجوه أما ان قال لهم ابنوا الى جناحا على فناء دارى فانه ملكى ولى منه حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم تعلم الفعلة ثم ظهر بخلاف ماقال ثم سقط فاصاب شيأ فالضمان على الآجر و يرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لان الضمان وجب على الفاعل بامر الآمر فكان له ان يرجع به عليه كما لو استأجر شخصا ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق ان يضمن الذابح و يرجع الذابح به على الآمر فكذا هذا وأما اذا قال لهم اشرعوا لى جناحا على فناء دارى وأخبرهم انه ليس له حق الشرع فى القديم أو لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط فاتلف شيأ ان سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا به على الآمر قياسا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك فى جواب القياس لان المستأجر أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا افساد أمره فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر رجلا ليذبح شاة جاز له وأعلمه فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم ليبنوا له بيتا فى وسط الطريق ثم سقط وأتلف شيأ لم يرجعوا به على الآمر وفى الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون اقرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بها واظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان أمر الآمر انما لا يصلح من حيث انه لا يملك الانتفاع بفناء داره وانما حصل له ذلك بعد الفراغ من العمل قوله كما لو حفر بئرا فى طريق فتلف به انسان أى القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البئر ووضع الحجر فى الطريق لان كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الميزاب فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرناه قوله حفر الى آخره حفر بئرا فى الطريق فجاء آخر وحفر طائفة فى أسفلها ثم وقع فيها انسان ومات فى القياس يضمن الاول وبه أخذ محمد وفى الاستحسان يجب الضمان عليهما أثلاثا ولو حفر بئرا ثم جاء آخر ووسع رأسها فسقط فيها انسان ومات كان الضمان عليهما أثلاثا قالوا تأويل المسئلة ان الثانى وسع رأسها بحيث يعلم الناس ان الواقع انما وقع فى موضع بعضه من حفر الاول وبعضه من حفر الثانى أما اذا وسع الثانى رأسها بحيث انه انما وقع فى موضع حفر الثانى كان الضمان على الثانى وان لم يدر فالضمان عليهما قاضيخان قوله حفر الى آخره سقط انسان فقال الحافر انه ألقى نفسه وكذبه الورثة فى ذلك كان القول قول الحافر فى قول أبى يوسف آخرا وهو قول محمد لان الظاهر ان البصير يرى موضع قدميه وان كان الظاهر ان الانسان لا يوقع نفسه الا اذا وقعت له شدة فلا يجب الضمان بالشك قوله حفر بئرا فى الطريق ثم كساها بالتراب أو بخضر أو بما هو من جنس الارض يضمن الاوّل ولو غطى رأسها وجاء آخر ورفع الغطاء فوقع فيها انسان ضمن الاوّل وقال قاضيخان قيد بقوله فتلف فيه فلو لم يمت من ذلك بل مات جوعا أو عطشا أو غما هل يضمن الحافر لم يذكر محمد هذا وقد ذكر أبو يوسف فى الاملاء خلافا فقال على قول أبى حنيفة لا يضمن الحافر اذا مات جوعا فالجواب كما قال أبو حنيفة فاما اذا مات غما فانه يضمن الحافر وفى الكبرى والفتوى على قول أبى حنيفة رحمه الله وفى الذخيرة وقال محمد يضمن فى الحالتين هذا اذا كان الحفر فى طريق المسلمين فاما اذا كان الحفر فى فناء داره فوقع فيه انسان فمات هل يضمن ان كان الفناء لغيره يكون ضامنا وأما اذا حفر فى ملكه أو كان له حق الحفر فى القديم فكذا الجواب لا يضمن وان لم يكن ملكا له ولكن كان لجماعة المسلمين أو كان شركا بان كان فى سكة غير نافذة فانه يضمن قال فى المنتقى فناء دار الرجل ما كان فى داره يحتاج اليه وان كان فى عرض سكته أو أعرض منها فاما اذا أمر رجلا أن يحفر له بئرا فى أصل حائط جاره وفنائه فهذا كله فناء الآمر وفناء جاره الذى هو فناء له فهو فناؤهما وان كانت السكة غير نافذة فامر بالحفر فى موضع ليس له فيه منفعة ولا تحتاج اليه الدار وهذا ليس بفنائه واذا أوقع انسان نفسه فى البئر فلا ضمان على الحافر شرح الطحاوى ومن حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها دابة أو انسان فتلف فالضمان على الحافر ولو جاء انسان فدفعه وألقاه فى البئر وهلك فالضمان على الدافع دون الحافر وفى الخانية رجل حفر بئرا فى ملكه ثم سقط انسان فقتل الساقط ذلك الانسان أو الدابة كان الساقط ضامنا دية أو قيمة من كان فيها وان كان البئر فى الطريق كان الضمان على حافر البئر فاذا حفر

ف

فى ملك نفسه فسقوطه لا يكون ضامنا الى الحافر وكان تلف السقوط عليه مضافا الى الساقط واذا حفر الرجل بئرا فى طريق المسلمين ثم آخر حفر طائفة أخرى فى أسفلها ثم وقع انسان ومات فانه ينبغى فى القياس أن يضمن الاول وبه أخذ محمد واختلف المشايخ فى جواب الاستحسان فنهم من قال جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الاول والثانى ومنهم من قال جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الثانى خاصة الا ان أصحابنا أخذوا بالقياس وكان كمن حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء انسان ووضع فى البئر سلاحا ثم جاء انسان ووقع على السلاح ومات من ذلك فان الضمان على الحافر وسئل بعضهم عمن حفر فى صحراء قرية التى هى لاهل القرية وهى مبيت دوابهم حفيرة يضع فيها الحنطة والشعير بغير اذن الباقين فجاء رجل وأوقد فى الحفيرة نارا كستها وذلك أيضا بغير اذن الباقين فوقع فيها حمار فاحترق بالنار فالضمان على من يجب فقال على الحافر قال وهذا قياس مانقل عن أصحابنا فى كتاب الديات ان من حفر بئرا على قارعة الطريق وألقى رجل فيها حجرا بعد ما وقع فى البئر رجل فاصابه الحجر الذى فى البئر فمات ان الدية على الحافر ومثله لو وضع رجل حجرا على الارض بقرب البئر فتعقل فيها انسان ووقع فهلك فالدية على من وضع الحجر كأنه ألقاه فى البئر فمات ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع وكذلك ههنا هذا اذا وضع الحجر واضع فاما اذا لم يضعه أحد ولكن كان الحجر راسخا فتعقل به انسان ووقع فى البئر ومات فالضمان على الحافر لانه متعد فى التسبب وكان بمنزلة الماشى اذا وقع فى البئر ولم يعلم بالبئر فالضمان على الحافر وان كان الماشى دافعا نفسه فى البئر وانه مباشر والحافر متسبب وفى الظهيرية وان كان الحجر لم يضعه أحد لكنه حمل السيل جاء به فالضمان على الحافر ومن هذا الجنس ماذكر فى المنتقى رجل حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء انسان وزلق بماء صبه رجل آخر على الطريق ووقع فى البئر ومات فالضمان على الذى صب الماء فان كان الماء ماء السماء فعلى صاحب البئر واذا حفر الرجل بئرا فى طريق مكة فى الفيافى والمفازات فى غير ممر الناس فوقع فيه انسان فانه لا ضمان له وهذا بخلاف مالو حفر فى الطريق فانه يصير ضامنا فاذا حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع انسان فسلم من الوقعة وطلب الخروج منها فتعلق حتى اذا كان فى وسطها سقط وعطب فلا ضمان ولو مشى فى أسفلها فعطب بصخرة فيها فان كانت الصخرة فى موضعها من الارض فلا ضمان وان كان صاحب البئر قلعها من موضعها ووضعها فى ناحية البئر فعلى صاحب البئر هكذا ذكر فى المنتقى شرح الطحاوى واذا حفر الرجل بئرا فى الطريق فسقط فيه رجل فتعلق به آخر وتعلق الثانى بثالث وسقطوا جميعا وماتوا جميعا فهو على ثلاثة أوجه ان ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض أو من وقوعهم ووقع بعضهم على بعض وقد علم كيفية الموت أو لم يعلم كيف ماتوا فان ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض فدية الاول على الحافر لانه كالدافع ودية الثانى على الاول لان الثانى مباشر ودية الثالث على الثانى واذا أخرجوا أحياء وأخبروا عن حالهم ثم ماتوا فموت الاول على سبعة أوجه أما ان مات من وقوعه لا غير فديته على الحافر وان مات من وقوع الثانى عليه فديته هدر لانه قاتل لنفسه بجره وان مات من وقوع الثالث عليه فديته على الثانى لانه هو جر الثالث وان مات من وقوع الثانى والثالث فنصف ديته هدر ونصفها على الثانى وان مات من وقوعه ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثانى وان مات من وقوعه ووقوع الثانى والثالث فالثلث هدر لانه قتل نفسه بجر الثانى عليه والثلث على الحافر لانه كالدافع والثلث على الثانى بجر الثالث مباشرة وأما الحكم فى الثانى فان مات بوقوع الثالث عليه فديته هدر لانه جره الى نفسه وان مات من وقوع الاول عليه فديته على الاول لانه صار كالدافع للثانى فى البئر وان مات من وقوع الاول والثالث معا فنصف ديته هدر لجره الثالث الى نفسه ونصفها على عاقلة الاول لجره الاول وايقاعه فى البئر وأما دية الثالث فعلى الثانى لجر الثانى له هذا اذا كان يدرى حال وقوعهم فاما اذا كان لا يدرى فلا يخلو اما أن يكون بعضهم على بعض أو وجدوا متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الثالث على الثانى ودية الثانى على الاول ودية الثالث على الثانى وهو قول محمد رحمه الله تعالى وفى قول آخر لم يبين محمد قائله فى الاصل ويقال هو قول أبى يوسف وهو الاستحسان ان دية الاول أثلاثا ثلث على صاحب البئر وثلث على الثانى لانه جر الثالث عليه وثلث هدر لان الاول هو الذى جر الثانى ودية الثانى نصفان نصف على الاول لانه هو الذى جره ونصف هدر لانه جر الثالث الى نفسه ودية الثالث على الثانى عبد حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء انسان ووقع فيها فعفا عنه الولى ثم وقع فيها آخر فعلى المولى أن يدفع كله أو يفديه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يدفع اليه نصف لانهما وقعا معا فعفا عنه أحد الوليين رجل مات وترك دارا وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها فحفر فيها ورثته فهو ضامن النقصان الحفر للغرماء فان وقع فيها انسان فعليه ضمان ذلك على

عاقلته وفى المنتقى محمد عن أبى يوسف فى عبد حفر بئرا ثم أعتقه مولاه ثم وقع العبد المعتق فى البئر ومات قال على المولى قيمته لورثته قال محمد لا أرى عليه شيأ ولو أعتقه المولى أولا ثم حفر ووقع فيها فلا شئ على المولى بلا خلاف وفى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف مكاتب حفر بئرا فى الطريق ثم قتل انسانا فقضى عليه بقيمته ثم وقع فى البئر انسان ومات قال يشارك الساقط فى البئر الذى أخذ القيمة فيها قال وكذلك المدبر قال واذا جاء ولى الساقط فى البئر فاخذ الذى أخذ قيمة المدبر من مولاه لم يكن بينه وبينه خصومة ولا أقبل بينة عليه وانما أقبل بينة على مولى المدبر فاذا زكيت على المولى يرجع على الذى أخذ القيمة بنصفها وفى التجريد ولو كان الحافر مدبرا أو أم ولد وقضى على المولى بقيمة واحدة تعتبر القيمة يوم الحفر ولا يعتبر بزيادة القيمة ونقصانها وأما المكاتب فتلزمه الجنايات وتعتبر قيمته يوم الحفر ولو كان الحافر عبدا فالجنايات كلها فى رقبته ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء بجميع الاروش فان أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقته الجنايات فعلى المولى قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنايات التى كانت بعد العتق وقبله يضرب فى ذلك كل واحد بقدر أرش جنايته ولو لم يعتق ولكن وقع واحد ومات فيدفع به ثم وقع ثان وثالث فيشتركون مع المدفوع اليه الاول فى رقبته بقدر حقوقهم ولو أن عبدا قتل انسانا ودفعه المولى به ثم وقع انسان فى بئر كان حفرها العبد قبل ذلك عند الدافع فالعبد يدفع نصفه الى ولى الساقط فى البئر أو يفديه بالدية ولو عفا ولى الساقط فى البئر لم يدفع الى المولى شئ من العبد ولا خصومة فى هذه المسئلة بين المولى الاول وانما يخاصم الذى فى يده العبد وفى الخانية ولو أن رجلا حفر بئرا فى سوق العامة أو بنى فيه دكانا فعطب به شئ فان فعل ذلك باذن الامام لا يكون ضامنا وبغير اذنه يكون ضامنا كما لو أوقف دابته فى السوق فى موضع معد للدابة فاوقف الدابة فى ذلك الموضع ان عينوا ذلك الموضع باذن السلطان فعطب لا يكون ضامنا وان لم يكن باذن السلطان كان ضامنا لان السلطان اذا أذن بذلك يخرج ذلك الموضع عن أن يكون طريقا فتعين لايقاف الدواب وبغير اذن السلطان لا يخرج من أن يكون طريقا ولو ان مدبرا حفر بئرا فى الطريق ثم أعتقه المولى أو مات المولى حتى عتق المدبر بموته ثم أوقع نفسه كان للمشترى قيمته على البائع وكذا لو كان المدبر عبدا وأعتقه المولى وقد ذكر هذه المسئلة على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد واذا حفر الرجل نهرا فى غير ملكه فانبسر من ذلك النهر ماء يغرق أرضا أو قرية كان ضامنا ولو كان فى ملكه فلا ضمان رجل سقى أرضه من نهر العامة وكان على نهر العامة أنهار صغار مفتوحة فوهاتها ودخل الماء فى الانهار الصغار وفسد بذلك أرض قوم قال شيخ الاسلام الاجل ظهير الدين يكون ضامنا لانه أجرى الماء فيها قال رحمه الله ﴿ولو بهيمة فضمانها فى ماله﴾ أى لو كان الهالك فى البئر أو بسقوط الجرص بهيمة يكون ضمانها فى ماله لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال وابقاء الميزاب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لان كل واحد من ذلك مسبب بطريق من التعدى بخلاف ما اذا كان فى ملكه لعدم التعدى وبخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فيه لانه لم يحدث فيه شيأ وانما قصد اماطة الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة فى الطريق فعطب بها انسان ضمن لوجود التعدى بشغله الطريق ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فتلف به نفس أو مال كان ضمانه على من نحاه لان فعل الاول قد انتسخ وكذا اذا صب الماء فى الطريق أو رش أو توضأ فعطب به نفس أو مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيه أو وضع خشبة أو متاعه لان لكل واحد من أهله ان يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكن كما فى الدار المشتركة بخلاف الحفر لانه ليس من ضرورات السكن فيضمن ما عطب به كالدار المشتركة غير انه لا يضمن فى السكة ما نقص بالحفر وفى الدار المشتركة يضمن لان لشريكه ملكا حقيقة فى الدار حتى يبيع نصيبه ويقسم بخلاف السكة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق منه عادة وأما اذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور فى موضع الصب مع علمه به لا يضمن الراش لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب فى الطريق من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علمه بان كان ليلا أو أعمى وقيل يضمن مع العلم أيضا اذا رش جميع الطريق لانه مضطر الى المرور فيه وكذا الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق فى جميع أجزاء الطريق أو بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا قال رحمه الله ﴿ومن جعل بالوعة فى طريق بامر السلطان أو فى ملكه أو وضع خشبة فيها﴾ أى فى الطريق ﴿أو قنطرة بلا اذن الامام فتعمد الرجل المرور عليها لم يضمن﴾ أما بناء البالوعة بامر الامام أو فى ملكه ووضع الخشبة فلأنه ليس بمتعد وأما بناء القنطرة فلأن البانى فوت حقا على غيره فان التدبير فى وضع القنطرة من حيث تعيين المكان للامام فكانت جناية بهذا

الاعتبار فتعمد رجل المرور عليهما لم يضمن ووضع الخشبة والقنطرة وان وجد التعدى منه فيهما لكن تعمده المرور عليهما يسقط النسبة الى الواضع لان الواضع متسبب والمار مباشر فصار هو صاحب علة فلا يعتبر التسبب معه وقد بيناه فيما مضى وان استأجر أجراء يحفرون له فى غير فنائه فضمانه على المستأجر ولا شئ على الآجران لم يعلموا انه فى غير فنائه لان أمره قد صح اذا لم يعلموا فنقل فعلهم الى الآمر لانهم مغرورون من جهته فصار كما اذا أمر أجيرا بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره يضمن المأمور ويرجع به على الآمر لكونه مغرورا من جهته وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما متسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه فان علموا بذلك فالضمان على الآجر لان أمره لم يصح لانه لا يملك أن يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقى الفعل مضافا اليهم ولو قال لهم هذا فنائى وليس لى حق الحفر فيه فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فلم يغرهم وفى الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء لهم بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده بالتصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان آمرا بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكذا ينقل اليه وقال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا انه للعامة ضمنوا سواء قال لهم أولا واذا استأجر الرجل أجيرا ليحفر له بئرا فحفر له الاجير ووقع فيها انسان ومات فهذا على وجهين الاول ان يستأجر الاجير ليحفر له بئرا فى الطريق فانه على وجهين الاول ان يكون طريقا معروفا للعامة المسلمين يعرفه كل أحد وفى هذا الوجه يجب الضمان على الاخير سواء علمه المستأجر بذلك أو لم يعلمه وان كان الطريق لعامة المسلمين الا انه طريق غير مشهور فان أعلم المستأجر الاجير بان هذا الطريق لعامة المسلمين فكذا الجواب أيضا فاما اذا لم يعلم فالضمان على الآمر لا على الاجير وهذا بخلاف ما لو استأجر أجيرا لذبح شاة فذبحها ثم علم ان الشاة لغير الآمر فان الضمان على الاجير أعلمه المستأجر بان الشاة لغيره أو لم يعلمه ثم يرجع اذا لم يعلم الوجه الثانى اذا استأجره ليحفر له بئرا فى الفناء وقد تقدم بيانه وفى فتاوى الخلاصة اذا استأجر رجلا ليبنى له أو ليحدث له شيأ فى الطريق أو يخرج حائطا فاعطب به من نفس أو مال فذلك على المستأجر دون الاجير استحسانا الا اذا سقط من يده لبن فأصاب انسانا فقتله تجب الدية على عاقلة الذى سقط من يده وعليه الكفارة وفى السغناقى من حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء آخر وخاطر بنفسه ووثب من أحد الجانبين الى الجانب الآخر ووقع فيه ومات لم يضمن الحافر شيأ وفى المنتقى رجل جاء بقوم الى طريق من طرق المسلمين وقال احفروا لى هنا بئرا أو قال ابنوا لى هنا ولم يقل غيره فان ضمان ما عطب به من ذلك على الآمر دون الفاعل ذكر المسئلة مطلقا وتأويلها ما اذا لم يكن الطريق مشهورا لعامة المسلمين ولم يعلمه المستأجر بذلك كما ذكر شيخ الاسلام وذكر عقيب هذه المسئلة رجل جاء لقوم وقال احفروا فى هذا الطريق بئرا ولم يقل لى ولم يقل استأجر على ذلك وظنوا انه الآمر وكذلك لو أدخلهم دارا وقال لهم احفروا فيها فحفروا وظنوا انها دار الآمر فهو على أن يقول ان استأجرهم على ذلك وذكر بعد هذا بشر بن الوليد عن أبى يوسف رجل استأجر رجلا فحفر له فى غير فنائه فالضمان فى رقبة العبد علم العبد بذلك أم لا ولو استأجر مكاتبا أو عبدا محجورا عليه لحفر بئر فوقعت البئر عليهما وماتا فالضمان على المستأجر فى الحر لا فى المكاتب ويضمن قيمة العبد لمولاه فاذا أخذ القيمة دفع المولى القيمة الى ورثة الحر والمكاتب فيضرب ورثة الحر فى قيمته بثلث الدية وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب ثم يرجع المالك على المستأجر بقيمة العبد مرة فيسلم له وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد ويأخذ أولياء المكاتب من الحر ثلث قيمة المكاتب ثم يؤخذ من المكاتب مقدار قيمته فيكون بين ورثة الحر والمستأجر يضرب ورثة الحر بثلث ديته والمستأجر بثلث قيمة العبد قال رحمه الله ﴿ومن حمل شيأ فى الطريق فسقط على انسان ضمن﴾ سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف أو الصيد قال رحمه الله ﴿فلو كان رداء قد لبسه فسقط لا﴾ أى لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على انسان فعطب به لا يضمن والفرق بينه وبين الشئ المحمول ان الحامل يقصد حفظه فلا يخرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل فى حقه مباحا مطلقا وعن محمد اذا لبس زيادة على قدر الحاجة وما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد فى غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة الى لبسه وسقوط الضمان باعتبارهما لعموم البلوى قال رحمه الله ﴿مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا أو جعل فيها بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان من غيرهم ضمن﴾ وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا

لا يضمن فى الوجهين لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كاهل المسجد وكما لو كان باذنهم وهذا الان بسط الحصير وتعليق القناديل من باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون على البر والتقوى فيستوى فيه أهل المسجد وغيرهم وله ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى رفع بابه واغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا يعتد بمن سبقهم فى حق الكراهة وبعدهم يكره فكان فعلهم مباحا مطلقا من غير قيد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيد بها وقضية القربة لا تنافى الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا وكما اذا وقف على الطريق لاماطة الاذى ولدفع المظالم فعثر به غيره يؤجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستئذان من أهله وقال الحلوانى أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى وعن ابن سلام بانى المسجد أولى بالعمارة والقوم أولى بنصب الامام والمؤذن وعن الاسكافى ان البانى أحق به قال أبو الليث وبه نأخذ الا أن ينصب شخصا والقوم يرون من هو أصلح لذلك وفى الجامع الصغير أو حصيرا وفى الذخيرة أو حفر بئرا فعطب به انسان لا شئ عليه وان كان الحافر من غير العشيرة ضمن ذلك كله هذا هو لفظ هذا الكتاب وفى الاصل يقول واذا احتفر أهل المسجد فى مسجدهم بئرا لماء المطر أو علقوا فيه قناديل أو جعلوا فيه حبا يصب فيه الماء أو طرحوا فيه حصا أو ركبوا فيه بابا فلا ضمان عليهم فيمن عطب بذلك فاما اذا أحدث هذه الاشياء من هو من غير أهل المحلة فعطب به انسان فهذا على وجهين اما ان يفعلوا بغير اذن أهل المحلة ان أحدثوا شيأ أو حفروا بئرا فعطب فيها انسان فانهم يضمنون بالاجماع فأما اذا وضعوا حبا ليشرب وا منه الماء أو بسطوا حصيرا أو علقوا قناديل بغير اذن أهل المحلة فتعقل انسان بالحصير فعطب أو وقع القنديل وأحرق ثوب انسان أو أفسده قال أبو حنيفة انهم يضمنون وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمنون قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما فى هذه المسئلة وعليه الفتوى قال فيه أيضا اذا قعد الرجل فى المسجد لحديث أو نام فيه أو قام فيه بغير الصلاة أو مر فيه مار لحاجة من الحوائج فعثر به انسان فمات قال أبو حنيفة رحمه الله بأنه ضامن وقال أبو يوسف ومحمد بأنه لا ضمان عليه الا ان يمشى فيه على انسان فأما اذا قعد لعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو كان قعد للتدريس وتعليم القضاء وللاعتكاف أو قعد لذكر الله تعالى وتسبيحه وقراءة القرآن فعثر به انسان فمات هل يضمن على قول أبى حنيفة لا رواية لهذا فى الكتاب والمشايخ المتأخرون اختلفوا فيه فمنهم من يقول يضمن عند أبى حنيفة واليه ذهب أبو بكر الرازى وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجانى فأما اذا كان يصلى فعثر به انسان فلا ضمان عليه سواء كان يصلى الفرض أو التطوع السغناقى قال الفقيه أبو جعفر سمعت أبا بكر البلخى يقول ان جلس لقراءة القرآن معتكفا فى المسجد لا يضمن عندهم جميعا وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد فى الجامع الصغير ان جلس للحديث فعطب به رجل يضمن بالاجماع لانه غير مباح له الذخيرة وفى المنتقى رواية مجهولة واذا فرش الرجل فراشا فى المسجد ونام عليه فعثر رجل بالنائم فلا ضمان ولو عثر بالفراش فهو ضامن وفيه أيضا رواية مجهولة اذا بنى مسجدا فى طريق المسلمين بغير أمر السلطان فعطب بحائطه فهو ضامن فى قول أبى حنيفة وكذلك فى قول أبى يوسف اذا كان فى طريق الامصار حيث يكون تضييقا أو اضرارا وان كان فى الصحراء بحيث لا يضر بالطريق غير أنه فى أفنية المصر فلا ضمان عليه استحسانا ولو أن رجلا أخرج من داره مسجدا وبنى كان أولى الناس من أهل المحلة وغيرهم باصلاحه والاسراج وليس لاحد أن يشركه فيه باذنه وعن أبى يوسف برواية بشر عن أبى حنيفة لاهل المسجد أن يهدموا مسجدهم ويهدموا بناءه وليس لغيرهم ان يفعل ذلك الا برضاهم قال محمد فى الجامع الصغير فى رجل جعل قنطرة على نهر بغير اذن الامام فمر عليها رجل متعمدا فوقع فعطب فلا ضمان عليه هكذا ذكر المسئلة هنا واعلم أن هذه المسئلة على وجهين أما اذا كان النهر مملوكا له أو لم يكن مملوكا فلو كان مملوكا له فلا ضمان وان صار مسببا للتلف لانه غير متعد فى هذا السبب وان لم يكن النهر مملوكا له فهذا على وجهين ان كان نهرا خاصا لأقوام مخصوصين فلا ضمان عليه ان كان تعمد المرور عليها وان لم يتعمد المرور عليها وفى الكافى بان كان أعمى أو مر ليلا فهو ضامن وصار الجواب فيه كالجواب فيما اذا حفر بئرا فى ملك انسان فوقع فيها انسان أما اذا كان نهرا عاما لجماعة مسلمين وقد فعل ذلك بغير اذن الامام فالجواب فيه كالجواب فيما لو نصب جسرا أو قنطرة على نهر خاص لأقوام معينين هكذا ذكر فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف فى غير رواية بشر الا اذا كان النهر عاما لجماعة مسلمين فانه لا ضمان على واضع القنطرة والجسر سواء علم الماشى عليه فانخرق به فمات ان تعمد المرور عليها الا ضمان على واضع القنطرة وان لم يعلم المار به ضمن كمن نصب خشبة فى طريق فمر به كان ضامنا قالوا ان كانت الخشبة الموضوعة صغيرة بحيث لا يوطأ على مثلها لا يضمن واضعها لان الوطء على مثل

هذه الخشبة بمنزلة نعمد الزلق وان كانت الخشبة كبيرة يوطأ على مثلها يضمن واضعها هذا اذا كان النهر خاصا لاقوام مخصوصين فان كان النهر لعامة المسلمين فى ظاهر الرواية يكون ضامنا وعن أبى يوسف ٧ أنه يكون ضامنا قال التمرتاشى لو ضاق المسجد بأهله لهم ان يمنعوا من ليس من أهله من الصلاة وفى العينى على الهداية ولا يمتنع ان يكون المسجد لعامة المسلمين ويختص أهله بتدبيره ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ مفاتيح الكعبة من بنى شيبة فأمره الله تعالى أن يردها اليهم بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها قال رحمه الله (وان جلس فيه) أى فى المسجد (رجل منهم فعطب به آخر ضمن ان كان فى غير وقت الصلاة وان كان فيها لا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال وقد تقدم بيان ذلك لهما أن المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه وقال تعالى وأنتم عاكفون فى المساجد فاذا بنيت لها لا يمكنه أداء الصلاة مع الجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه من ضرورتها فيباح له ولان المنتظر للصلاة فى الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة فى الصلاة مادام ينتظرها وتعليم الفقه وقراءة القرآن عبادة كالذكر وله أن المسجد بنى للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل ان المسجد اذا ضاق على المصلى كان له ان يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلى فيه وان كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى أو بالتدريس أو معتكفا وليس لاحد ان يزعج المصلى من مكانه الذى سبق اليه لما أنه بنى لها واسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفى العادة أيضا لا يعرف بناء المسجد الا للصلاة فاذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه فى حق الصلاة مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفى حق غيرها مقيدا بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل وبين التبع ولا يبعد أن يكون الفعل قربة مقيدا بشرط السلامة ألا ترى ان من وقف فى الطريق لاصلاح ذات البين قربة فى نفسه ومع هذا مقيد بالسلامة فى الصحيح وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورة الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة لشئ يكون حكمه كحكمه وفى العينى على الهداية وبه أخذ مشايخنا وفى الذخيرة بقولهما يفتى وذكر شمس الائمة أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة ان الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث والله أعلم

﴿فصل﴾ فى الحائط المائل لما ذكر رحمه الله تعالى أحكام القتل الذى يتعلق بالانسان مباشرة وتسببا شرع فى بيان أحكام القتل الذى يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان من حقها ان تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها ولهذا عبر بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا فى النهاية وغيرها قال رحمه الله ﴿حائط مال الى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أومال ان طالب بنقضه مسلم أو ذمى ولم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لانه لم يوجد منه صنع هو فعل ولا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب والضمان باعتبار ذلك فصار كما اذا لم يشهد عليه وبطل نقضه منه ووجه الاستحسان أنه روى عن على وعن شريح والنخعى وغيرهم من أئمة التابعين ما قلناه ولان الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ورفعه فى قدرته فاذا طولب برفعه لزمه ذلك فاذا امتنع مع التمكن منه صار متعديا فيلزمه موجبه ولان الضرر الخاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالكفار اذا تترسوا بالمسلمين ثم ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة لئلا يؤدى الى الاجحاف وقال محمد لا تتحمل العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم فى النقض وعلى انه مات بالسقوط عليه وعلى ان الدار لفلان وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تتحمل المال والشرط الطلب للنقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند الجحود أو جحود العاقلة فكان من باب الاحتياط ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض من ان يقول حائطك هذه مخوف أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط وكذلك لو قال اشهدوا انى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا يصح أيضا ولو قال ينبغى لك ان تهدمه فليس هذا بطلب ولا اشهاد ويشترط ان يكون طلب التفريغ الى من له ولاية النقض كالمالك والاب والجد والوصى فى ملك الصغير والعبد التاجر كان عليه دين أو لا والى الراهن فى الدار المرهونة لانه القادر على الهدم والى المكاتب ثم ان تلف حال بقاء الكتابة تجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد العتق على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب ولعدم الاشهاد على المولى ولو تقدم الى من يسكن أو المرتهن أو المولى لا يعتبر حتى لو سقط وأتلف شيأ لا يضمن

الساكن ولا المالك ويشترط دوام القدرة الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض ولا يصح الاشهاد قبل أن يميل لانعدام سببه وسوّى فى المختصر بين أن يطالب بالنقض مسلم أو ذمى لان حق المرور للكل بخلاف العبيد والصبيان لعدم قدرتهم على النقض الا اذا أذن لهم المولى فى الخصومة فحينئذ جاز طلبهم واشهادهم لانهم التحقوا بالبالغ ثم بعد الاشهاد تكون الخصومة عند سلطان أو نائبه ولو جن بعد الاشهاد مطبقا أو ارتد ولحق فقضى القاضى به ثم عاد مسلما ورد عليه الدار ثم سقط الحائط بعد ذلك وأتلف انسانا كان هدرا وكذا لو أفاق المجنون وكذا اذا ردت عليه بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية لا يجب الضمان الا باشهاد مستقبل ولو كان بعض الحائط صحيحا وبعضه واه فاشهد عليه فسقط الواهى وغير الواهى وقتل انسانا يضمن صاحب الحائط الا ان يكون الحائط طويلا بحيث وهى بعضه ولم يوه البعض فحينئذ يضمن ما أصاب الواهى ولا يضمن ما أصابه الذى لم يوه لانه اذا كان كذلك صار بمنزلة حائطين أحدهما صحيح والآخر مائل وأشهد عليهم فلم يسقط المائل وسقط الصحيح فيكون هدرا وفيه أيضا اللقيط له حائط مائل وأشهد عليه فسقط الحائط وأتلف انسانا كان دية القتيل فى بيت المال لان ميراثه يكون لبيت المال وكذا الكافر اذا أسلم واذا كان الرجل على حائط له والحائط مائل أو غير مائل فسقط الرجل بالحائط من غير فعله وأصاب انسانا فقتله كان ضامنا لما هلك بالحائط ان كان أشهد عليه فى نقضه ولا ضمان عليه فيما سواه وان كان هو الذى سقط من أعلى الحائط على انسان من غير أن يسقط به الحائط وقتل انسانا كان هو ضامنا دية المقتول وان مات الساقط بمن كان فى الطريق فان كان يمشى فى الطريق فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى المشى وان كان واقفا فى الطريق قائما أو قاعدا كانت دية الساقط عليه قيد بقوله طولب بنقضه لانه لو سقط وأتلف قبل أن يطالب بنقضه لا يضمن وفى شرح الطحاوى ولو أنكرت العاقلة ان تكون الدار له لا عقل عليهم ولا يضمن حتى يشهدوا على التقويم عليه وعلى انه مات من سقوط الحائط عليه وان الدار له فاذا أنكرت العاقلة واحدا من هذه الاشياء الثلاثة فلا تعقل ولو أقر رب الدار بهذا الاشهاد فى الثلاثة تلزم فى ماله ولا تجب على العاقلة وفى المنتقى رجل ادعى دارا فى يد رجل وفيها حائط مائل يخاف سقوطه من الذى يقدم اليه فيه ويشهد عليه بعد بينة المدعى قال يؤخذ الذى فى يده الدار بنقضه ويشهد عليه وهو بمنزلة دار ادعاها وأقام البينة ولم تزك البينة فانه يتقدم بنقضه الذى فى يده ثم زكيت البينة ضمن تقدم له القيمة ٧ قال فى الجامع الصغير أشهد عليه فى حائط مائل له فذهب يطلب من يهدمه وكان فى ذلك حتى سقط الحائط لا يضمن شيأ وفيه أيضا رجل أشهد عليه فى حائط مائل الى دار رجل فسأل صاحب الحائط المائل من القاضى أن يؤجله يومين أو ثلاثة أو ما أشبه ذلك ففعل القاضى ذلك ثم سقط الحائط وأتلف شيأ كان الضمان واجبا على صاحب الحائط ولو وجد التأجيل من صاحب الدار فوقع الحائط فى مدة التأجيل وأفسد شيأ لا يجب الضمان ولو سقط الحائط بعد مدة التأجيل كان ضامنا وفيه أيضا رجل اشهد عليه فى حائط مائل فى الطريق الاعظم وطلب صاحب الحائط من القاضى أن يؤجله يوما أو يومين أو ثلاثة ففعل القاضى ذلك ثم سقط الحائط المائل فاتلف شيأ كان الضمان واجبا وكذلك فى هذه المسئلة ولو لم يؤخره القاضى ولكن أخره الذى أشهد عليه لا يصح لا فى حق غيره ولا فى حق نفسه وفى نوادر ابن رستم مسجد مائل حائطه فاشهد على الذى بناه فان وقع ذلك على رجل فقتله فالدية على العاقلة ولو أشرع المكاتب كنيفا أو جناحا من حائط مائل الى طريق المسلمين ثم أدى الكتابة وعتق ثم وقع ذلك على انسان فقتله كان على المكاتب الاقل من دية المقتول ومن قيمته يوم الاشراع قال فى الكتاب لو ان رجلا أعتقه مولاه لعتاقة رجل وأبوه عبد أشهد عليه فى حائط مائل فلم ينقضه حتى عتق الاب ثم سقط الحائط وقتل انسانا فديته على عاقلة الاب ولو سقط قبل عتق الاب فالدية على عاقلة الام بمثله ولو أشرع كنيفا ثم عتق أبوه ثم وقع الكنيف على انسان وقتله فالدية على عاقلة الام رجل أشهد عليه فى حائط مائل فسقط فى الطريق وعثر رجل بنقض الحائط ومات فديته على عاقلة صاحب الحائط وهذا قول محمد وفى شرح الطحاوى ولو أشهد على حائط فسقط فما سقط بنقضه فانه يضمن فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ما تلف بالنقض لا يضمن الا اذا أشهد على النقض ولو سقط الحائط على رجل فقتله أو عثر رجل بنقض الحائط ومات ثم عثر رجل بالقتيل فلا ضمان عليه ولا على عاقلة صاحب الحائط ولو كان مكان الحائط جناح أخرجه الى الطريق فوقع على الطريق فعثر انسان بنقضه فمات وعثر رجل آخر بالقتيل ومات أيضا فدية القتيلين جميعا على صاحب الجناح حائط مائل لرجل أشهد عليه فى الحائط ثم ان صاحب الحائط وضع جرة لغيره على الحائط فسقط الحائط ورميت الجرة

وأصابت انسانافقتلته فدية المقتول على صاحب الحائط ولو عثر بالجرة و بنقضها أحد فلا ضمان على أحد ولو باع الدار بعد الاشهاد عليه فى الحائط ثم رد المشترى الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط أو بخيار عيب بقضاء القاضى وفى الخانية أو غيره ثم سقط الحائط على انسان وقتله فانه لا ضمان عليه وفى الخانية الا باشهاد مستقبل بعد الرد ولو كان الخيار للبائع ثم سقط الحائط وأتلف شيأ كان ضامنا لان خيار البائع لا يبطل ولاية الاصلاح فلا يبطل الاشهاد ولو أسقط البائع خياره وأوجب البيع بطل الاشهاد لانه أزال الحائط عن ملكه وفى اخراج الكنيف والجناح والميزاب لا يبطل الضمان بشئ من هذه الاشياء وفى الكافى لا ضمان على المشترى لانه لم يشهد عليه فى الهدم فاذا أشهد على المشترى بعد شرائه فهو ضامن وفى شرح الطحاوى ولو مال الى سكة غير نافذة فالخصومة الى واحد من أهل السكة ولو مال الى دار جاره فالخصومة الى صاحب تلك الدار وان مستعيرا أو مستأجرا فالاشهاد الى السكان وليس الى غيرهم قال رحمه الله ﴿وان بناه مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب﴾ لانه تعدى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البئر فى الطريق أطلق المؤلف فى الميلان ولم يفرق بين يسيره وفاحشه وفى المنتقى ان كان يسيرا وقت البناء لا يضمن لان الجدار لا يخلو عن يسير الميلان وان كان فاحشا يضمن وان كان لم يتقدم أحد يطلب منه النقض ولو شغل الطريق بان أخرج جذعا فيها فهو على التفصيل ومن المشايخ من لا يفصل فى الجذع ولا فى الميلان وفى المنتقى قال محمد حائط مائل تقدم الى صاحبه فيه فلم يهدمه حتى ألقته الريح فهو ضامن وليس هذا كحجر وضعه انسان على الطريق وقلبه الريح من موضع الى موضع فعثر به انسان فانه لا يضمن واذا أقرت العاقلة ان الدار له ضمنوا الدية كما لو أقر بجناية خطأ وصدقته العاقلة فى ذلك وكذلك الجناح والميزاب يشرعه الرجل من داره فى الطريق فوقع على انسان ومات وأنكرت العاقلة أن تكون الدار له وقالوا انما أمر رب الدار باخراج الجناح فلا ضمان عليهم الا ان تقام البينة ان الدار له وذلك لان اخراج الجناح من الدار التى فى يده انما يوجب الضمان على العاقلة اذا أخرجه من داره الى الطريق لا بالبينة ولا باقرار العاقلة كان أقر رب الدار ان الدار له وكذبته العاقلة لا يعقل وفى قاضيخان رجل تقدم اليه فى حائط مائل له فلم ينقضه حتى وقع على حائط جاره وهدمه فهو ضامن لحائط الجار ويكون ربها بالخيار ان شاء ضمنه قيمة حائطه والنقض له وان شاء أخذ النقض وضمنه النقصان ولو أراد أن يجبره على البناء كما كان ليس له ذلك وفى الكافى وما تلف بوقوع الاول والثانى فعلى مالك الاول ولم يذكر محمد رحمه الله قيمة الحائط حكى عن الشيخ الامام شمس الأئمة الحلوانى قال تقوم الدار وحيطانها محيطة بها وكذلك قال فى المنتقى أرسل دابته فى زرع غيره وأفسد ضمن قيمة الزرع وطريق معرفة قيمته ان تقوم الارض مع الزرع النابت فيضمن حصة الزرع واذا ضمن قيمة حائطه كان النقض للضامن فلو جاء انسان وعثر بنقض الحائط فالضمان على عاقلة المتقدم عليه وهذا على قول محمد وان عثر بنقض الحائط الثانى قيل يضمن صاحب الحائط الاول ولو أن الحائط الاول حين وقع على الحائط الثانى وهدمه وقع الحائط الثانى على رجل وقتله لا ضمان على صاحب الحائط الثانى وانما الضمان على عاقلة صاحب الحائط الاول قال رحمه الله ﴿وان مال الى دار رجل فالطلب الى ربها﴾ لان الحق له على الخصوص واذا كان يسكنها غيره كان له ان يطالبه لان له المطالبة بازالة ما شغل هواها قال رحمه الله ﴿فان أجله أو أبرأه صح﴾ بخلاف الطريق ان أجله صاحب الدار أو أبرأه جاز تأجيله وابراؤه حتى لو سقط فى الابراء وقبل مضى المدة فى التأجيل لا يضمن لان الحق له على ما ذكرناه بخلاف ما اذا مال للطريق العام فاجله القاضى أو من أشهد عليه أو أبرأه لا يصح التأجيل والابراء لما ذكرنا وقوله الى دار رجل مثال وليس بقيد حتى لو مال العلو الى الاسفل أو الاسفل الى العلو فالحكم كذلك كذا فى قاضيخان قال رحمه الله ﴿حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا فعطب به رجل ضمن ثلثى الدية﴾ وهذا عند الامام وقالا يضمن النصف فى الصورتين لان التلف بنصيب من أشهد عليه يعتبر و بنصيب من لم يشهد عليه هدر وفى الحفر باعتبار ملكه غير متعد وباعتبار ملك شريكه متعد وكانا قسمين فانقسما نصفين عليهما وللامام ان الموت حصل بعلة واحدة وهى القتل فيضاف التلف الى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر ان يهدم شيأ من الحائط فكيف يصح تقدمه اليه قلنا ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بالمرافعة الى الحاكم و به يحصل الغرض وهو ازالة الضرر وفى المحيط قال يقدر على هدم نصيبه بحكم الحاكم ومطالبة الباقين بالنقض فيكون قادرا على النقض بهذا الطريق ولم يذكر الفرق للامام بين المسئلتين حيث

يضمن خمس الدية فى الحائط و يضمن ثلثى الدية فيما اذا حفر و بنى فى دار والفرق بينهما ان كل حجر وضعه أوحفره فهو متعد فى ثلثى الوضع والحفر وليس متعديا فى الثلث فلهذا يضمن الثلثين وقوله حائط بين خمسة ودار بين ثلاثة مثال وليس بقيد وفى الظهيرية والحائط اذا كان مشتركا بين اثنين فاشهد على أحدهما فهو بمنزلة مالوأشهد على أحد الورثة وفى المنتقى رجل مات وترك داراوعليه من الدين مايستغرق قيمتها وفيها حائط مائل الى الطريق ولاوارث للميت غيرهذا الابن فالتقدم فى حائطه اليه وان كان لايملكها فان وقع التقدم بعد التقدم اليه كانت الدية على عاقلة الاب دون عاقلة الابن فان كان الحائط المائل بين خمسة نفرأخماسا وتقدم الى أحدهم بالنقض ثم سقط على انسان فانه يضمن المتقدم اليه خمس الدية و يجب على عاقلته و يهدر أربعة أخماس وهوحصة شركائه وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد بان الشريك الحاضر المتقدم اليه يضمن نصف الدية فيجب ذلك على عاقلته و يهدر النصف ذكر المسئلة فى الجامع الصغير على هذا الوجه وذكر هذه المسئلة فى الاصل ولم يذكر فيها خلافا قال فى الجامع الصغير أيضا اذا كانت الدار بين ثلاثة نفر حفر أحدهم فى هذه الدار المشتركة بئرا ووقع فيها انسان ومات قال على عاقلة الحافر عند أبى حنيفة ثلث دية المقتول وعلى قول أبى يوسف ومحمد يجب على الحافر نصف الدية وهذه المسئلة مذكورة فى الاصل من غير خلاف والخلاف فى هاتين المسئلتين من خصائص الجامع الصغير وفى السغناقى واذا وضع الرجل على حائطه شيأ فوقع ذلك الشئ فاصاب انسانا فلا ضمان عليه فيه لانه وضعه على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه فى ملكه سواء كان الحائط مائلا أوغير مائل وفى المنتقى ولوان رجلا بنى حائطا مائلا بين رجلين أثلاثا تقدم الى صاحب الثلث فيه ثم سقط على رجل وقتله صرعا فعليه ثلث الدية بلا خلاف وهو بمنزلة حمار حمل عليه انسان عشرة أقفزة وحمل الآخر عليه خمسة أقفزة وكل ذلك بغير اذن المولى فمات الحمار من ذلك تجب القيمة أثلاثا وهو بمنزلة رجل أخذ بنفس انسان وأخذ آخر بنفسه الآخر فمات المأخوذ من ذلك وهناك يجب الضمان كذا ههنا هذا اذا وقع الحائط على حر ولو وقع الحائط على عبدان قتله غما فان قيمته عليهما أثلاثا وان جرحته الحائط ومات العبد من الجراحة فالجراحة عليهما أثلاثا والنفس عليهما نصفين فان جرحه الحائط ثم مات من الغم والجراحة فان الجراحة عليهما أثلاثا نصف مابقى من النفس وهو حصة الغم بينهما أثلاثا أيضا والنصف الآخر وهو حصة الجراحة بينهما نصفين عن أبى حنيفة فى حائط مائل لرجلين أشهد عليهما وحائط مائل لرجل أشهد عليه سقطا على انسان فقتلاه فنصف الدية على الرجل الذى له الحائط ونصف الدية على رجلين وروى الحسن ابن زيادة ٧ فسقطا على الرجلين فماتا فالدية عليهما مطلقا وقال أبو يوسف ومحمد ان مات من جرح جرحه الحائط فالدية عليهم أثلاثا وان مات من ثقلهما فالدية عليهما نصفين ولا يضمن اذا لم يكن متعديا فاما اذا وضع فى ملكه عرضا حتى خرج طرفه منه الى الطريق ان سقط فاصاب الطرف الخارج منه شيأ فانه يضمن وكان الجواب فيه كالجواب فى اخراج الميزاب وكذلك لو كان الحائط مائلا وكان يمكن وضع الجذع عليه طولا حتى لم يخرج شئ منه الى الطريق ثم سقط ذلك الجذع على انسان ومات فانه لا يضمن هكذا ذكر فى الكتاب وأطلق الجواب اطلاقا ومن مشايخنا من قال هذا اذا كان الحائط مائلا الى الطريق ميلا يسيرا غير فاحش فاما اذا مال ميلا فاحشا فانه يضمن وذلك لان الميلان اذا كان غير فاحش بحيث يوجد ذلك القدر وقت البناء يكون وجوده وعدمه بمنزلة لان الجدار قلما يخلو عن قليل ميلان يكون له الى الطريق فاما اذا كان ميلا فاحشا بحيث يحترز منه عند البناء فى الاصل فانه يضمن اذا سقط ذلك على انسان ان لم يتقدم اليه بالرفع لانه متى وضع الجذع طولا على الحائط المائل فيعتبر بما لوشغل الهواء بغير واسطة ولوشغل هواء الطريق بواسطة بان أخرج الجذع عن الحائط فسقط فاصاب انسانا كذا هذا ومنهم من قال الجواب فيه كما أطلقه محمد لا يضمن فى الحالين ولو كان الوضع بعدما تقدم اليه فى الحائط ثم سقط الجذع فاصاب انسانا يقول بانه يضمن كذا فى المنتقى والله تعالى أعلم

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك﴾

لما فرغ رحمه الله تعالى من بيان أحكام جناية الانسان شرع فى بيان جناية البهيمة ولاشك فى تقدم جناية الانسان على البهيمة كذا فى النهاية ويرد عليه انه لم يفرغ من بيان جناية الانسان مطلقا بل بقى منها جناية المملوك ولاشك انه من الانسان فيقدم على البهيمة وكان من حقه أن يقدم على جناية البهيمة كذا فى غاية البيان قال رحمه الله ﴿ضمن الراكب ما أوطأت دابته بيد

ورجل أو رأس أو كدمت أو خبطت أو صدمت لا مانفحت برجل أو ذنب الا اذا أوقفها فى الطريق ﴾ والاصل فى هذا الباب ان المرور فى طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه تصرف فى حقه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس اذ الاباحة مقيدة بالسلامة والاحتراز عن الايطاء والكدم والصدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورة السير وقيدناه بشرط السلامة وفى العينى على الهداية الكدم بمقدم الانسان والخبط باليد والصدم هو ان تطلب الشئ بجسدك ولا يمكن الاحتراز عن النفحة أيضا لانه يمكن الاحتراز عن الايقاف وهو المراد بقوله الا اذا أوقفها فى الطريق أطلق فيما ذكره وهو مقيد بان يكون فى غير ملكه أما اذا كان فى ملكه لا يضمن الا فى الايطاء وهو راكبها لانه فعل منه مباشرة حتى يحرم به عن الميراث وتجب عليه الكفارة بشرط التعدى فصار كحفر البئر وفى المباشرة لا يشترط ذلك وان كان ذلك فى ملك غيره فان كان غيره تسبب فيه باذن مالكه فهو كما لو كان فى ملكه فان كان بغير اذن مالكه فان دخلت الدابة من غير ان يدخلها مالكها ولم يكن معها لم يضمن شيأ فان أدخلها هو ضمن الجميع سواء كان معها أو لم يكن معها لوجود التعدى بالادخال فى ملك الغير والملك المشترك كملكه الخاص به فيما ذكرنا من الاحكام والمسجد كالطريق فيما ذكرناه من الاحكام ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما يحدث من الوقوف فيه وكذا ايقاف الدواب فى سوق الدواب لانه مأذون فيه من جهة السلطان وكذا اذا أوقفها فى طريق متسعة لا يضر وقوفها بالناس فلا يحتاج فيه الى اذن الامام بخلاف ما اذا كانت غير متسعة وفى الخلاصة دابة مربوطة فى غير ملكه فان ذهب وحل الرباط فقد زالت الجناية فما عطب به من ذلك فهو هدر فلو جالت الدابة فى رباطها فما أصاب شيأ وأتلفه فهو مضمون سواء ضربت بيدها أو برجلها أو برأسها فلو ربطها فى مكان فذهبت الى مكان آخر فما أصابت فى ذلك المكان فهو هدر وفيها أيضا الراكب اذا كانت الدابة تسير به فنخسها رجل فالقت الراكب ان كان الراكب أذن له فى النخس لا يجب على الناخس شئ وان كان بغير اذنه ضمن الدية وان ضربت الناخس فمات فدمه هدر وان أصابت رجلا آخر بالذنب أو الرجل أو كيفما أصابت ان كان بغير اذن الراكب فالضمان على الناخس وان كان باذنه فالضمان عليهما الا فى النفحة بالرجل أو الذنب فانه جبار الا اذا كان الراكب واقفا بغير ملكه فامر رجلا فنخسها فنفحت برجلها فالضمان عليهما وان كان بغير اذنه فالضمان على الناخس ولا كفارة عليه فيما نفحت برجلها قال عامة الشراح نفحت الدابة اذا ضربت بحافرها قال فى النهاية ومثل هذا فى الصحاح والمغرب واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية أقول كون المذكور فى الصحاح كذا ممنوع اذا لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم أقول بقى اشكال فى عبارة الكتاب وهو ان الذى يظهر مما ذكر فى كتب اللغة ومما ذكره الشراح ههنا ان لا تكون النفحة الا بالرجل فيلزم ان لا يصح قوله ولا يضمن بالنفحة مانفحت برجلها أو ذنبها الا انه يقتضى أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا فى مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التحديد لانا نقول اعتبار التأكيد والتحديد معا بالنظر الى كلمة واحدة فى موضع واحد متعذر للتنافى بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التأويل الصحيح ان تحمل النفحة المذكورة فى عبارة الكتاب على مطلق الجمع بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال فتأمل قال رحمه الله ﴿وان أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عينا لم يضمن ولو كبيرا ضمن ﴾ لان التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لان سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وانما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن وفى الذخيرة قيل لو عنف الدابة فاثارت حجرا صغيرا أو كبيرا يضمن وفى الظهيرية لو أوقف دابة فى طريق المسلمين ولم يربطها فسارت الى مكان آخر وأتلفت شيأ فلا ضمان على صاحبها كذا فى الكبرى وكل بهيمة من سبع أو غيره فهو ضامن مالم يتغير عن حاله واذا سار الرجل على دابته فى الطريق فضربها وكبحها باللجام فضربت برجلها أو بذنبها لم يكن عليه شئ وفى السغناقى ومن هذا الجنس ماقالوا فيمن ساق دابة عليها وقر من الحنطة فاتلفت شيأ من الطريق نفسا أو مالا فهو على وجوه أما ان قال السائق أو القائد أو الراكب اليك فان سمع هذه المقالة ولم يذهب فهو على وجهين أما ان لم يبرح من مكانه مع القدرة على المكان أو لم يجد مكانا آخر ليذهب فمكث فى مكانه ذلك حتى تخرق ثيابه ففى هذا الوجه الاول لا يضمن صاحب الدابة وفى الوجه الثانى يضمن وان لم يقل اليك راكب الدابة ضمن وفى الفتاوى رجل ساق حمارا عليه وقر حطب فقال السائق بالفارسية ﴿ كوسيت أو يرئة ﴾ فلم يسمع الواقف حتى أصابه

الحطب فخرق ثوبه أو سمع لكن لم يتهيأ له ان يتنحى عن الطريق لقصر المدة ضمن وان سمع وتهيأ ولم ينتقل لا يضمن ونظير هذا من أقام حمارا على الطريق وعليه ثياب فجاء راكب ٧ وكرشلا وخرق الثياب ان كان الراكب يبصر الحمار ٧ وأرسون يضمن وان لم يبصر ينبغي أن لا يضمنوا الثياب على الطريق فجعل الناس يمرون عليه وهم لا يبصرون لا يضمن وكذا رجل جلس على الطريق فوقع عليه انسان فلم يرده فمات الجالس لا يضمن ثم الذي ساق الحمار اذا كان لا ينادي يارب أي لوشئت حتى تعلق الحطب بثوب رجل فتخرق يضمن ان مشى الحمار الى صاحب الثوب وان مشى الى الحمار وهو يراه أولم يتباعد عليه لا يضمن ولو وثب من نخسه على رجل فقتله أو وطئت رجلا فقتلته فالضمان على الناخس دون الراكب وفي الكافي فديته على عاقلة الناخس كذا في الذخيرة قال رحمه الله ﴿فان راثت أو بالت في الطريق لم يضمن ما عطب به ان أوقفها لذلك وان أوقفها لغيره ضمن﴾ لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت أو بالت وهي تسير وكذا اذا أوقفها لذلك لان من الدواب من لا يفعل ذلك الا واقفا وهو المراد بقوله وان أوقفها لغيره فبالت أو راثت فعطب به انسان ضمن لانه متعد في الايقاف اذ هو ليس من ضروريات السير وهو أكثر ضررا أيضا من السير لكونه أدوم منه فلا يلحق به وهو المراد بقوله وان أوقفها لذلك وان أوقفها لغيره ضمن وفي المنتقى رجل واقف على دابته في الطريق فأمر رجلا أن ينخس دابته فنخسها فقتلت رجلا فدية الرجل الاجنبي على الناخس والراكب جميعا ودم الآمر بالنخس هدر ولو سارت عن موضعها ثم نفحت من فور النخس فالضمان على الناخس دون الراكب ولو لم تسر ونفحت الناخس ورجلا آخر وقتلتهما فدية الاجنبي على الناخس والراكب ونصف دية الناخس على الراكب ولو لم يوقفها الراكب على الطريق ولكن حرنت فوقفت فنخسها هو وغيره لتسير فنفحت انسانا فلا شئ عليهما وفيه أيضا رجل اكترى من آخر دابة ليذهب عليها في حاجة له فاتبعه صاحبها فله أن يسوقها فان وقف الراكب في الطريق على أهل مجالس فخرنت فنخسها صاحب الدابة أو ضربها أو ساقها فنفحت الدابة وهي واقفة فقتلت انسانا فالضمان على الراكب والسائق جميعا وفيه أيضا صبي ركب دابة بأمر أبيه ثم ان الصبي الراكب أمر صبيا فنخسها فالقول فيه اذا كان مأذونا كالقول في الكبير وان كان لم يؤذن له في ذلك فأمر صبيا حتى نخسها فسارت ونفحت من النخسة فعلى الناخس الضمان ولا شئ على الراكب وان أمر بذلك ووطئت انسانا فقتلته وكان سيرها من النخسة فالدية على عاقلة الناخس ولا يرجعون بذلك على عاقلة الراكب وفيه أيضا رجل ركب دابة رجل قد أوقفها ربها في الطريق وربطها وغاب فأمر رب الدابة رجلا حتى نخسها فنفحت رجلا أو نفحت الآمر فديته على الناخس وان كان الآمر أوقفها في الطريق ثم أمر رجلا حتى نخسها فقتلت رجلا فديته على الآمر والناخس نصفين رجل أذن رجلا أن يدخل داره وهو راكب فدخلها راكبا فوطئت دابته على شئ كان ضامنا له وان كان سائقا أو قائدا فلا ضمان أدخل بعيرا برحله فوقع عليه المتعلم فقتله فقد اختلف المشايخ فمنهم من قال لا ضمان على صاحب المتعلم وقال بعضهم ان أدخل صاحب المتعلم بغير اذن صاحب الدار فعليه الضمان وان كان دخلها باذنه فلا ضمان وبه أخذ الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وفي فتاوى الخلاصة ولو كان البعير غير متعلم فحكمه حكم متعلم وفي الفتاوى ربط حماره في أرضه ليأكل علفا فجاء حمار رجل فعقره فجعله معيوبا عيبا فاحشا قال لا يرجع بنقصان العيب على صاحب الحمار قلت قال القاضي بديع الدين ان كان صاحبه معه يضمن والا فلا يضمن قال رحمه الله ﴿وما ضمنه الراكب ضمن السائق والقائد﴾ أي كل شئ يضمنه الراكب يضمنان لانهما سببان كالراكب في غير الايطاء فيجب عليهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب وقوله وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد ولا ينعكس في الصحيح وذكر القدوري ان السائق يضمن النفحة بالرجل لانه بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما الاحتراز عنها بخلاف الكدم والصدم وقال الشافعي رحمه الله يضمنون كلهم النفحة والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل قال رحمه الله ﴿وعلى الراكب الكفارة لا عليهما﴾ أي لا على السائق والقائد ومراده في الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل دابته تبع فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلته وهما سببان لانه لا يتصل منهما شئ بالمحل وكذلك الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشر ولو كان سائق وراكب قيل لا يضمن السائق ما فعلت الدابة لان الراكب مباشر فيه كما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشرة أولى وقيل

الضمان عليهما الان كل ذلك سبب الضمان ألاترى ان محمدا رحمه الله ذكر فى الاصل ان الراكب اذا أمر انسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا فى الضمان والناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا انهما مستويان والصحيح الاول لما ذكرنا والجواب عما ذكر فى الاصل ان المسبب انما يضمن مع المباشرة اذا كان السبب شيأ لا يعمل بانفراده فى الاتلاف كالحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيأ بدون الالقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فى الاتلاف فيشتركان وهذا منه وفى الاصل يقول رجل قاد قطارا من الابل فى طريق المسلمين فما وطئ أول القطار وآخره مالا أو رجلا فقتله فالقائد ضامن ولا كفارة وان كان معه سائق يسوق الابل الا أنه تارة يتقدم وتارة يتأخر فانهما يشتركان فى الضمان وان كان معهما ثالث يسوق الابل وسط القطار فما أصاب مما خلف هذا الذى فى وسط القطار أو مما قبله فضمان ذلك عليهم أثلاثا يريد به اذا كان هذا الذى يمشى فى وسط القطار ولا يمشى فى جانب من القطار ولا يأخذ بزمام بعير يقود ما خلفه لانه سائق لوسط القطار فيكون سائقا للكل بحكم اتصال الازمة فأما اذا كان الذى فى وسط القطار آخذا بزمام يقود ما خلفه ولا يسوق ما قبله فما أصاب مما خلف هذا الذى فى هذا القطار فضمان ذلك على القائد الاول ولا شئ فيه على هذا الذى فى وسط القطار لانه ليس بقائد لما قبله ولا سائق حتى لو كان سائقا له يشارك الاول فى الضمان كذا فى المغنى وفى الينابيع وان كان السائق فى وسط القطار فما أصاب من خلفه أو بين يديه فهو عليهما وان كانوا ثلاثة نفر أحدهم فى مقدم القطار والآخر فى مؤخر القطار والثالث فى وسط القطار فان كان الذى فى الوسط والمؤخر يسوقان والمقدم يقود القطار فما عطب بما أمام الذى فى الوسط فذلك كله على القائد وما تلف مما هو خلفه فهو كله على القائد ولا شئ على المؤخر الا أن يكون سائقا وان كانوا يسوقون فالضمان عليهم جميعا السغناقى ولو كان الرجل راكبا وسط القطار على بعيره ولا يسوق منها شيأ لم يضمن ما تعيب الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه وهو معهم فى الضمان مما أصاب البعير الذى هو عليه أو ما خلفه وقال بعض المتأخرين هذا الذى ذكر اذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده وأما اذا كان نائما على بعيره أو قاعدا فلا ضمان عليه فى ذلك فهو فى حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على البعير الظهيرية ولو أن رجلا يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه وعلى الابل قوم فى المحال نيام أو غير نيام فوطئ بعير منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين الذين قدام البعير على عواقلهم على عدد رؤسهم والكفارة على راكب البعير الذى وطئ خاصة لانه بمنزلة المباشر قال فى المنتقى اذا قاد الرجل قطارا وخلفه سائق وأمامه راكب فوطئ الراكب انسانا فالدية عليهم أثلاثا وكذلك اذا وطئ بعير مما خلف الراكب انسانا وان كان وطئ بعير امام فهو على القائد والسائق نصفين ولا شئ على الراكب وذكر فى المنتقى مسئلة القطار بعد هذا فى صورة أخرى وأوجب الضمان على القائد وعلى من كان قدام البعير الذى أوطأ من الركبان قال وليس على من خلفه من الركبان شئ الا أن يكون انسانا مؤجرا و يسوق فيكون عليه وعلى السائق الذى خلفه يشتركون جميعا فيه الخانية رجل يقود دابة فسقط شئ مما يحمل على الابل على انسان أو سقط سرج الدابة أو لجامها على انسان فقتله أو سقط ذلك فى الطريق فعثر به انسان ومات يضمن القائد وان كان معه سائق كان الضمان عليهما القاضى وسئل أيضا عن صاحب زرع سلم الحمار الى المزارع فربط الدابة عليه وشد الحمار فى الدالية بأمره فانقطع خيط من خيوطها فوقع الحمار فى حفرة الدالية فعطب الحمار هل يجب الضمان على المزارع فقال لا قال محمد فى الجامع الصغير رجل قاد قطارا فى طريق المسلمين فجاء رجل بعد ببعير وربطه بالقطار ولم يعلم به فأصاب ذلك البعير انسانا فضمانه على القائد دون الرابط وان كان كل منهما سببا للاتلاف فهل يرجع على عاقلة الرابط قال لا يرجع وان لم يعلم ولم يفصل محمد فى الجامع الصغير بين ما اذا ربط البعير بالقطار والقطار يسير وفى بعض كتب النوادر ان القطار ان كان لا يسير حالة الربط فقادها القائد بعد الربط لا يرجع القائد على عاقلة الرابط علم القائد بربطه أو لم يعلم فان كان القطار يسير حالة الربط فالقائد يرجع على عاقلة الرابط اذا لم يعلم بربطه وفى المنتقى واذا سار الرجل على دابة وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد فوطئت انسانا فالدية عليهم أرباعا وعلى الراكب والرديف الكفارة واذا سار الرجل على دابته فى الطريق فعثرت بحجر وضعه رجل أو بدكان بناه رجل أو بماء صبه رجل فوقعت على انسان وأتلفته فالضمان على الذى وضع الحجر وبنى الدكان وصب الماء لانه مسبب الاتلاف وهو متعد فى هذا السبب ولا ضمان على الراكب وفى الكفارة اذا أرسل كلبا أو دابة أو طيرا فأصاب فى فوره شيأ ضمن فى الدابة دون الكلب والطير وفى الصغرى الطحاوى عن أبى يوسف انه يضمن الكل كذا فى الجامع الصغير قال رحمه الله ﴿ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل دية الآخر﴾ وقال زفر والشافعى

رحمه الله تعالى يجب على عاقلة كل واحد نصف دية الآخر وروى ذلك عن على رضى الله عنه لان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفه ويهدر النصف كما اذا كان الاصطدام عمدا وجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهدم عليهما أو وقفا فيه يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن قتل كل واحد منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله فى نفسه مباح كالمشى فى الطريق فلا يعتبر فى حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا فى حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع فى بئر فى قارعة الطريق لانه لولا مشيه وثقله فى نفسه لما هوى فى البئر وفعل صاحبه وان كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة فى حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجود التلف به وروى عن على رضى الله عنه أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت روايتان فرجحنا ما ذكرنا ويحتمل ما روى عنه أنه أوجب كل الدية على الخطا توفيقا بينهما وأما ما استشهد به من الاصطدام وجرح كل منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر فى الطريق فعلى كل واحد محظور مطلقا فيعتبر فى حق نفسه أيضا فيكون قاتلا لنفسه وهذا الحكم الذى ذكرناه فى العمد والخطا فى الحرين ولو كانا عبدين هدر الدم لان المولى فيه غير مختار للفداء ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها فى الخطا ونصفها فى العبد فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وهذا عند أبى حنيفة ومحمد لان قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على أصلهما لانه ضمان الآدمى واذا تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا أو ماتا ينظر فان وقعا على القفا لا تجب لهما دية لان كل واحد منهما مات بقوة نفسه وان وقعا على الوجه وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وان قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما على القفا فديتهما على عاقلة القاطع وكذا على هذا سائر الضمانات وقد قدمنا شيأ من هذا عند قوله ولو ضرب بطن امرأته فراجعه قال فى النهاية وفى تقييد الفارسين فى الكتاب بقوله واذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم فى اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره فى المبسوط سوى أن موت المصطدمين فى الغالب انما يكون فى الفارسين اه وقال فى العناية آخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا فى الفارسين خصهما بالذكر اه وقال فى معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقى أو بحسب الغالب اه وتبعه الشارح العينى أقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين بينا لان الباب الذى عرفته باب جناية البهيمة والجناية عليها ولا يخفى أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك فى شئ فكان خارجا عن مسائل هذا الباب رجل وجد فى زرعه فى الليل ثورين فظن انهما لاهل القرية فبانا انهما لغيرهم فاراد أن يدخلهما فدخل واحد وفر آخر فتبعه ولم يقدر عليه فجاء صاحبه يضمنه قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ان كان نيته عند الاخذ ان يمنعه من صاحبه يضمن وان كان نيته أن يرد الا أنه لم يقدر لم يضمن فقيل ان كان ذلك بالنهار قال ان كان لغير أهل القرية كان لقطة فان ترك الاشهاد مع القدرة عليه يضمن وان لم يجد شهودا يكون عذرا وان كان لاهل القرية فكما أخرجه يكون ضامنا وقال القاضى على السغدى وان وجد فى زرعه دابة فساقها بقدر ما يخرجها عن ملكه لان يكون ضامنا فاذا ساق وزاد وراء ذلك القدر يصير غاصبا بالسوق والصحيح ما قاله القاضى على السغدى عبدان التقيا ومع كل واحد عصا فاضر باو برئا خير مولى كل واحد منهما بالآخر ولا يتراجعان بشئ سوى ذلك لان كل واحد منهما ملك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع لانه لو رجع أحدهما لرجع الآخر لان حق كل واحد منهما ثبت فى رقبة كاملة فايأخذ أحدهما من صاحبه فذاك بدل الآخر وتعلق به حقه فلا يفيد الرجوع وان اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لانهما المتاضر با معا فقد جنى كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من المولدين بعبد صحيح فيجب بدل عبد صحيح وان سبق أحدهما بالضربة خير المولى مولى البادئ لان البداية من مولى اللاحق لا تفيد لان حق اللاحق فى عبد صحيح كامل الرقبة فاذا دفع الى البادئ عبدا مشجوجا كان للاحق ان يسترد منه ثانيا لانه يقول عبدك شج عبدى وهو صحيح ودفعت الى عبدك بدل تلك الشجة فيكون لى والبداية من مولى البادئ بالدفع مفيدة لان حق البادئ ثبت فى عبد مشجوج فمتى دفعه مشجوجا لا يكون له ان يسترده فكان دفعه مفيدا فان دفعه فالعبد للمدفوع اليه ولا شئ للدافع لانه لو رجع البادئ بشئ كان للمدفوع اليه أن يرجع عليه ثانيا لان حقه فى رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ وان فداه خير مولى اللاحق بين الدفع والفداء لانه ظهر عند البادئ عن الجناية بالفداء وصار كانه لم يجن وان جنى عليه العبد اللاحق فان مات البادئ كانت قيمته فى عنق الثانى

يدفع بها أو الفداء فان فداه بقيمة الميت رجع فى تلك القيمة بارش جراحته عبده الان بالفداء طهر عبد اللاحق عن الجناية وصار كانه لم يجن وانما جنى عليه البادئ والبادئ وان مات فالقيمة قامت مقامه لانه حق قائم مقامه وان دفعه رجع بارش شجة عبده فى عنقه ويخير المدفوع اليه بين الدفع والفداء لان المدفوع قام مقام الميت الشاج وان مات العبد القاتل خير مولى العبد البادئ وان فداه أو دفع بطل حقه فى شجة عبده لانه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق مشجوجا فثبت حق مولى البادئ فى عبد مشجوج فثبت حقه فيما وراء الشجة فمات لا الى خلف لما مات العبد القاتل فبطل حق مولى البادئ فى شجة عبده ولو مات البادئ من شئ آخر سوى الجناية وبقى اللاحق خير مولى البادئ ويقال له ان شئت فاعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منهما على الآخر وان شئت ادفع ارش شجة اللاحق وطالبه بحقك وان دفع الى صاحبه ارش عبده يرجع بارش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده بها أو يفديه أما المفهوم فلان مولى البادئ بجنايته اذا دفع كان اولى اللاحق ان يطالبه بارش شجة عبده وكان لمولى البادئ ان يدفع اليه العبد المدفوع ثانيا اليه عن حقه فلا يفيده الدفع وانما دفع ارش شجة اللاحق لانه متى دفع ارش عبد اللاحق فقد طهر البادئ عن الجناية وصار كانه لم يجن وانما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع والفداء وأى ذلك اختار لا يبقى لواحد منهما على صاحبه سبيل لانه وصل الى كل واحد منهما حقه وان أبى مولى البادئ ان يدفع الارش فلا شئ له فى عنق الآخر فان مولى البادئ كان مخيرا بين العفو وبين دفع الارش والمطالبة بشجة لعبده فاذا امتنع من دفع الارش صار مختارا للعفو وصار كانه قال عفوتك عن حقى فيبطل حقه ولو مات اللاحق وبقى البادئ خير مولاه فان دفعه بطل حقه وان فداه بارش عبده فى الفداء لان البادئ طاهر عن الجناية لعفو أحدهما عن جناية نصف العبد ولا يزداد حقه فكذا هذا قال رحمه الله ﴿ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن﴾ يعنى اذا ساق دابة وعليها سرج فوقع السرج على رجل فقتله ضمن عاقلته الدية وقد قدمناها بفروعها قال رحمه الله ﴿وان قاد قطارا فوطئ بعير انسانا ضمن عاقلة القائد الدية﴾ لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بلفظ التعدى سبب للضمان غير ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه فى ماله رجل له مزرعة فأكلها جمل غيره فاخذه وحبسه فى الاصطبل ثم وجد الجمل مكسور الرجل كيف الحكم بينهما فى ذلك فقال ان لم يكسر رجله فى حبسه قالوا لا ضمان عليه وقد قالوا الضمان عليه مالم يسلمه الى صاحبه والرأى فيه الى القاضى قال رحمه الله ﴿وان كان معه سائق فعليهما﴾ أى اذا كان مع القائد سائق تجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما فى التسبب لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة أما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما أصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرت عليه أحكام المباشرة على ما بيناه قال رحمه الله ﴿وان ربط بعيرا على قطار رجع على عاقلة القائد بدية ما تلف به على عاقلة الرابط﴾ أى اذا ربط رجل بعيرا على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد ديته لانه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به فاذا ترك صيانته صار متعديا بالتقصير وهو متسبب وفيه الدية على العاقلة كما فى قتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذى أوقعهم فيه وانما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما متسبب لان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب فيه الضمان وحده ثم يرجع به عليه قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط أمر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفى وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفى الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط وأما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان القائد رضى بذلك والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان الجهل لا ينافى التسبب ولا الضمان الا أنا استحسنا الرجوع لما ذكرنا وفى الجامع الصغير رجل قاد قطارا فى طريق المسلمين فجاء بعير آخر وربطه والقائد لا يعلم به أو علم فأصاب ذلك البعير انسانا فضمانه على القائد دون الرابط وان كان كل واحد منهما متسببا للاتلاف وهل يرجع على عاقلة الرابط ان علم لا يرجع وان لم يعلم يرجع ولم يفصل محمد رحمه الله فى الجامع الصغير بين ما اذا ربط البعير بالقطار والقطار يسير وفى بعض كتب النوادر وان كان القطار لا يسير حالة الربط فقادها القائد بعد الربط لا يرجع القائد على عاقلة الرابط علم القائد بربطه أو لم يعلم وان كان القطار يسير حالة الربط فالقائد يرجع على عاقلة الرابط اذا لم يعلم بربطه وفى المنتقى واذا سار الرجل على دابته وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد فوطئت انسانا

فالدية عليهم ارباعا وعلى الراكب والرديف الكفارة واذا سار الرجل على دابته فى الطريق فعثرت بحجر وضعه رجل أو قد كان بناه رجل أو بماء قد صبه رجل فوقعت على انسان وأتلفته فالضمان على الذى وضع الحجر فى المكان أو صب الماء لانه مسبب فى هذا الاتلاف وهو متعد فى هذا السبب ولا ضمان على الراكب قالوا ولو نخس الدابة رجل فوطئت انسانا فالضمان عليهما ان وطئت فى فور النخس لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس فيكون مضافا اليهما أقول ولقائل ان يقول الراكب مباشر فيما أتلفت بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس مسبب كما مر فى الكتاب واذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر أولى كما صرحوا به لاسيما فى مسئلة الراكب والسائق فما بالهم صرحوا ههنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبره قال رحمه الله ﴿ومن أرسل بهيمة وكان سائقها فأصابت فى فورها ضمن﴾ يعنى اذا أرسل انسان بهيمة وساقها فكل شئ أصابته فى فورها فانه يضمنه قال رحمه الله ﴿وان أرسل طيرا أو كلبا ولم يكن سائقا أو انفلتت دابته فاصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا يضمن﴾ أى فى هذه الصور كلها أما الطير فلان بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا بخلاف الدابة فان بدنها يحمل السوق فيعتبر فيها السوق ومن ثم قالوا ولو أرسل بازيا فى الحرم فقتل لا يضمن المرسل وأما الكلب فلانه وان كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بان يمشى خلفه ولا حكما بان يصيب على فور الارسال والتعدى يكون بالسوق فلا يضمن وهذا لان الاصل ان الفعل الاختيارى يضاف الى فعل صاحبه ولا يجوز اضافته الى غيره لا انا تركنا ذلك فى فعل البهيمة اذا وجد منه السوق فاضفناه اليه استحسانا صيانة للانفس والاموال واذا لم يوجد منه السوق بقى على الاصل ولا يجوز اضافته اليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسببا بخلاف ما اذا أرسل الكلب على صيد حيث يؤكل ما أصابه وان لم يكن سائقا له حقيقة ولا حكما لان الحاجة مست الى الاصطياد به فاضيف الى المرسل مادام الكلب فى تلك الجهة ولم يفتر عنها اذ لا طريق للاصطياد سواه وهذا لان الاصطياد به مشروع ولو شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح فاضيف اليه ولو غاب عن بصره مع الصيد ولا حاجة اليه فى حق ضمان العدوان فبقى على الاصل فكان مضافا الى الكلب لانه مختار فى فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعله الى غيره وقوله سائقا قيد فى الكلب دون الطير وقيد فى الدابة بالانفلات لانه لو أرسلها يضمن وفى المبسوط اذا أرسل دابة فى طريق المسلمين فما أصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت عنه يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت أى ينقطع حكم الارسال بالوقفة أيضا كما ينقطع بالعطفة بخلاف ما اذا وقف الكلب بعد الارسال فى الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لتمكنه من الصيد وهذه تنافى مقصود المرسل لان مقصوده السير فينقطع به حكم الارسال وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد فاصاب نفسا أو مالا فى فوره حيث لا يضمن من أرسله وفى ارسال البهيمة فى الطريق يضمن لانه شغل الطريق تعديا فيضمن ما تولد منه وأما الارسال للاصطياد فمباح ولا ينسب بوصف التعدى كذا ذكره فى النهاية وظاهره سواء كان سائقا لها أولا وذكر قاضيخان ولو أن رجلا أرسل بهيمة وكان سائقا لها ضمن ما أصابت فى فورها وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقا له يضمن ما أتلف ولو لم يكن سائقا لا يضمن وكذا لو أشلى كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن الا أن يسوقه وقيل اذا أرسل كلبه وهو لا يمشى خلفه فعقر انسانا أو أتلف غيره ان لم يكن معلما لا يضمن لان غير المعلم يذهب بطبع نفسه وان كان معلما ضمن ان مر على الوجه الذى أرسله لانه ذهب بارسال صاحبه أما اذا أخذ يمنة أو يسرة فلا يضمن لانه مال عن سنن الارسال الا اذا كان خلفه ولو أشلى كلبه حتى عض رجلا لا يضمن كما لو أرسل بازيا وعن أبى يوسف يضمن سواء كان يسوقه أو يقوده أولا يقوده ولا يسوقه كما لو أرسل البهيمة وعند محمد انه ان كان سائقا أو قائدا يضمن والا فلا وبه أخذ الطحاوى والفقيه أبو الليث كان يفتى بقول أبى يوسف وفى الزيادات أشار الى ذلك وعليه الفتوى وفى الخلاصة ولو كان لرجل كلب عقور يؤذى من مر به فلاهل البلد أن يقتلوه وان أتلف شيأ على صاحبه الضمان ان كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شئ عليه كالحائط المائل ولو أن رجلا طرح رجلا قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شئ الا التعزير والحبس حتى يتوب وانما قلنا بعدم الضمان فى انفلات البهيمة لقوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار أى فعلها هدر وقال محمد المنفلتة وهذا صحيح ظاهر ولان الفعل مقتصر عليها وغير مضاف الى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة اليه من الركوب وأخواته وفى الخانية رجل بعث غلاما صغيرا فى حاجة نفسه بغير اذن أهل

الصغير فرأى الغلام غلمانا صغارا يلعبون فانتهى اليهم وارتقى ومات ضمن الذى أرسله فى حاجته ولوأن عبدا حمل صبيا على دابة فوقع الصبى منها ومات فدية الصبى تكون فى عنق العبد يدفعه المولى أو يفديه وان كان العبد مع الصبى على الدابة فسارا عليها ووطئت الدابة انسانا ومات فعلى عاقلة الصبى نصف الدية وفى عنق العبد نصفها ولوأن حرا كبيرا حمل عبدا صغيرا على دابة ومثله يضرب الدابة ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير عليها فوطئ انسانا فكذلك تكون فى عنق العبد فيؤمر مولى العبد بالدفع أوالفداء ثم يرجع مولى العبد على الآمر لانه باستعمال عبد الغير يصير غاصبا فاذا لحقه غرم يرجع بذلك على الغاصب وفى الفتاوى أمر رجلا بكسر الحطب فاعطى غلاما الفاس فقال أعطنى الاجرة لاكسر فابى فكسر بغير اذنه فوقع الحطب على عين الغلام وذهب عينه اتفق مشايخنا انه لا يكون على صاحب الحطب شئ وفى التتمة سئل أبو الفضل عن صغيرين كانا يلعبان فاوقع أحدهما صاحبه الى الارض فانكسر عظم فخذه هل يجب على أقاربه شئ فقال اذا كان بحال لا يمكنه المشى بها فنصف الدية خمسمائة دينار على أقارب الصبى من جهة الاب قال رحمه الله ﴿وفى فقء عين شاة لقصاب ضمن النقصان﴾ لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان قال رحمه الله ﴿وفى عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة﴾ وقال الشافعى رحمه الله ليس فيه الا النقصان أيضا اعتبارا بالشاة ولنا ماروى انه عليه الصلاة والسلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة قال فى العناية فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام فيما يؤكل فالجواب ان الشئ الذى أوجب ذلك فى غير المأكول من اللحم والركوب والزينة والجمال والعمل موجود فى مأكول اللحم فيلحق به اهـ ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة واللحم والعمل فمن هذا الوجه يشبه الآدمى وقد تمسك بغيره كالاكل ومن هذا الوجه يشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى ايجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفى النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل فيها باربعة أعين عيناها وعينا الفاعل لها فصارت كانها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها وان فقأ عينها فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة وان شاء أمسكها وضمنه النقصان لان المعمول به النص وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه وفى العناية وانما قال بدنة ليشمل البقر والابل فان الحكم فيهما واحد وهو ربع القيمة وفى العينى على الهداية وفى فقء عين بدنة الجزار بفتح الجيم وهو ما اتخذ للنحر يقع على الذكر والانثى كذا فى الطحاوى والجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزار هو الذى ينحر البقرة اهـ والله أعلم

﴿باب جناية المملوك والجناية عليه﴾

لما فرغ رحمه الله من بيان حكم جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا فى الشروح أقول فيه شئ وهو ان لقائل أن يقول لما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحر على الحر مطلقا بقى منه بيان حكم جناية الحر على العبد فالاظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع فى بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق الملك بالمملوك البتة من جانب أخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لايقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب والسائق أوالقائد وهم ملاك اهـ أقول فيه أيضا شئ اذ لقائل أن يقول ان أراد جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أوالسائق أوالقائد فهو ممنوع فان جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهى تسير لا يكون باعتبار أحد منهم والا لوجب عليهم الضمان فى تلك الصورة وليس كذلك كما عرف فى بابها وكذا الحال فيما اذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أوحجرا صغيرا ففقأ عين انسان أوأفسد ثوبه وكذا اذا انفلتت فاصابت مالا أو آدميا ليلا أونهارا كما عرف كل ذلك أيضا فى بابها وان أراد ان جنايتها قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التعريف ويمكن أن يقال الصور التى لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرا انما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية فى الشرع وانما ذكرت فى بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فيتم التعريف قال رحمه الله ﴿جناية المملوك لا توجب الا دفعا واحدا لو محلا لها والا قيمة واحدة﴾ أى جناية العبد لا توجب الا دفع رقبته اذا كان محلا للدفع اذا كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ من أسباب الحرية كالتدبير وأمومية الولد والكتابة سواء كانت الجناية واحدة أو أكثر لا توجب الا دفع رقبته اذا كانت الجناية فى النفس موجبة للمال والا فقيمة واحدة ان لم يكن محلا للدفع بان انعقد له شئ مما ذكرنا توجب جنايته قيمة واحدة ولا يزيد عليها

وان تكررت الجناية وفى القن اذا جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء بخلاف المدبر وأختيه فانه لا يوجب الا قيمة واحدة على ما بيناه فى أثناء المسائل والكلام فى جناية المدبر وأم الولد من وجوه الاول فى جنايته على مولاه والثانى فى سعايته والثالث فى جناية المدبر والرابع فى جناية المدبر فى يد الغاصب ودية جناية المدبر نفسا ومادونها على مولاه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية فان كانت القيمة مثل الدية أو أكثر غرم مثل الدية الا عشرة دراهم ويضمن قيمته يوم جنى وقيمة المدبر ثلثا قيمته كما تقدم وهو اذا جنى جنايات أو جناية واحدة لا توجب الا قيمة واحدة ولو مات المدبر بعد الجناية بلا فصل ولم تنقص قيمته لم يسقط عن المولى شئ من قيمة العبد ولو قتل مدبر رجلا خطأ وقيمته ألف ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فالالف درهم للثانى وتحاصا فى القيمة الاولى وهى ألف درهم فلو دفع المولى القيمة للاول بغير قضاء غرم للثانى ألف درهم واتبع الاول فى نصف القيمة وان دفع بقضاء لا يغرم شيأ اتفاقا ولو قتل المدبر مولاه خطأ سعى فى قيمته ولو جنى مدبر بعد موت المولى ولم يخرج من الثلث سعى فى قيمته كالمكاتب اذا قتل مولاه خطأ سعى فى قيمته وان خرج من الثلث كانت على العاقلة اتفاقا ومدبر ذمى فى ذلك كله كمدبر مسلم وكذا مدبر حربى مستأمن مادام فى دار الاسلام معه فلو دبره فى دار الاسلام ثم رجع به الى دار الحرب فسبى عتق المدبر ولا يغرم ماجنى بعد ماسبى ويعتق المدبر بموت المولى حكما كما يعتق بموته حقيقة ولو جنى الحر على المدبر فهو كما لو جنى الحر على القن فلو قتله فعلى عاقلته الدية ولو قطع يده فعليه نصف قيمته مدبر قتل رجلا خطأ فدفع المولى القيمة ثم قتل آخر خطأ فان شاء الثانى تبع الاول بنصف القيمة وان شاء أخذ من المولى نصف القيمة ويرجع به المولى على الاول عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يغرم المولى شيأ مدبر حفر بئرا فمات فيها رجل فدفع المولى قيمته وهى ألف بقضاء ثم مات ولى الجناية وترك ألفا وعليه ألفان دينا لرجلين لكل ألف ووقع فى البئر آخر فمات فالالف الذى تركه ولى الجناية الاولى يقسم بين الغرماء وبين ولى الجناية الثانية على خمسة أسهم للغرماء أربعة وله سهم لانه لما وقع فى البئر ظهر ان نصف قيمة المدبر وذلك خمسمائة دين لولى الجناية الثانية على ولى الجناية الاولى فظهر ان القيمة مشتركة بينهما تقسم على ما ذكرناه. عبد لرجل شجه رجل موضحة ثم دبره ثم شجه موضحة أخرى ثم كاتبه ثم شجه موضحة ثالثة ثم أدى الكتابة فعتق ثم شجه موضحة رابعة فمات من ذلك فهاهنا حكم الشجاج وحكم النفس أما حكم الشجاج فالاولى يضمن الشاج نصف عشر قيمته وهو عبد صحيح وأما حكم الشجة الثالثة فانه يضمن نصف عشر قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج شجتين وأما حكم الشجة الرابعة فانه يضمن ثلث الدية ولا يضمن الارش وأما حكم النفس فلا شئ على الشاج بسراية الشجة الاولى والثانية لان سرايتهما منقطعة عن الجناية بالعتق والكتابة ويضمن للشجة الثالثة ثلث قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج بأربع شجات ولا يضمن ثلث الدية وان مات حرا لان ابتداء الشجة لا فى الكتابة وانما يضمن ثلث قيمته لا ربعها لان الجناية الاولى والثانية حكمهما واحد والشجة الرابعة لاقته وهو حر وموجبها الدية فبان بهذا واتضح ان النفس انما تلفت معنى واعتبارا بثلاث جنايات ثلثها بالجناية الاولى وقد هدرت سرايتها وثلثها بالجناية الثالثة وسرايتها معتبرة فيضمن ثلث قيمته مشجوجا بأربع شجاج لان ثلاث شجاج منها ضمنها مرة فلا يضمن مرة أخرى وما تلف بالشجة الرابعة يكون مضمونا على الشاج بالشجة الثالثة لانه مات وهو منقوص بأربع شجات كذا فى المحيط مع اختصار وفى الذخيرة أم الولد اذا جنت جناية خطأ فالجواب فيها كالجواب فى المدبر على التفصيل المتقدم اهـ قال رحمه الله ﴿جنى عبد خطأ دفعه بالجناية فيملكه أو فداه بأرشها﴾ أى اذا جنى العبد خطأ فمولاه بالخيار ان شاء دفعه الى ولى الجناية فان دفعه ملكه ولى الجناية وان شاء فداه بأرشها وقوله خطأ يحترز به من العمد وهذا التقييد انما يفيد اذا كانت الجناية على النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص وأما اذا كانت على الاطراف لا يفيد التقييد به اذ لا يجرى القصاص فيها بين العبيد وبين الاحرار والعبيد وقال الشافعى رحمه الله جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها الا أن يقضى المولى الارش وثمرة الخلاف تظهر فى اتباع الجانى عنده وعندنا لا يتبع لا فى حالة الرق ولا بعد الحرية والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا وعن عمر وعلى مثل مذهبه له ان الاصل فى موجب الجناية ان يجب على الجانى لانه المتعدى قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد فيجب فى ذمته كما فى الذمى ويتعلق برقبته ويباع فيه كما فى الجناية على المال ولنا ان المستحق بالجناية على النفوس نفس الجانى اذا أمكن الا ان استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك والعبد من أهل ان يستحق نفسه بالطريقين فتصير نفسه مستحقة للمجنى عليه صيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفداء فيكون

له

له ذلك لانه ليس فيه ابطال حق المجنى عليه بل مقصود المجنى يحصل بذلك بخلاف اتلاف المال فانه لا يستحق به نفس الجانى أبدا ولان الاصل فى موجب الجناية خطأ ان يتباعد عن الجانى لكونه معذورا ولكون الخطاء موضوعا شرعا و يتعلق بأقرب الناس اليه تخفيفا عن المخطئ وتوقيا عن الاجحاف الا ان عاقلة العبد مولاه لان العبد يستنصر به وباعتبار النصرة تتحمل العاقلة حتى تجب الدية على أهل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمى فانهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهم فيجب فى ذمته صيانة عن الهدر و بخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا تعقل المال الا أن المولى يخير بين الدفع والفداء لانه واحد واختلف فى الموجب الاصلى قال التمرتاشى الصحيح ان الاصل هو الدية أو الارش لكن للمولى ان يختار الدفع وفى اثبات الخيرة نوع تخفيف فى حقه كيلا يستأصل فيخير لان التخيير مفيد وقال غيره الواجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجانى قبل الاختيار لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما فى مال الزكاة عند أبى يوسف ومحمد فان الواجب جزء من النصاب وله النقل الى القيمة فكذا هذا بخلاف الجانى الحر فى الخطا حيث لا يبطل الموجب بموته لانه لا يتعلق به الواجب استيفاء فصار كالعبد فى صدقة الفطر واذا اختار الدفع يلزمه حالا لانه عين فلا يجوز التأجيل فى الاعيان وان كان مقدرا بغيره وهو المتلف ولهذا سمى فداء وأيهما اختار فعله فلا شئ لولى الجناية غيره أما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه و بين الرقبة سقط حق المطالبة عنه وأما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم العبد له وكذا اذا اختار أحدهما ولم يفعل أو فعل ولم يخيره قولا سقط حق المولى فى الآخر لأن المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لم تتعين الا بالفعل لأن المقصود فى حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع لضرورة وجوده ولا فرق بين أن يكون المولى قادرا على الارش أو لم يكن قادرا عند أبى حنيفة رحمه الله لانه اختار أصل حقهم فبطل حقهم فى العبد لان ولاية التعيين للمولى لا للاولياء وقالا لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضا الاولياء لان العبد صار حقا للاولياء حتى لا يضمنه المولى بالاتلاف فلا يملك ابطال حقهم الا برضاهم أو بوصول البدل اليهم وهو الدية وان لم يختر شيأ حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه بخلاف ما اذا مات بعد اختيار الفداء حيث لم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فى المحيط ولو جنى عبد على جماعة فدفع اليهم فكان مقسوما بينهم وان شاء المولى أمسكه وغرم الجنايات لان تعلق حق الاول لا يمنع تعلق حق الباقين وللمولى ان يفدى بعضهم و يدفع الى بعض مقدار ما تعلق به حقه بخلاف ما لو قتل العبد رجلا خطأ وله وليان فاختار المولى الفداء لأحدهما أو الدفع الى الآخر لم يكن له ذلك لان ثمة الحق متحد يجب للمقتول أولا ثم ينتقل الى الورثة بطريق الخلافة عنه وهذا موجب الجناية المتحدة وهنا الجنايات مختلفة وللمولى خيار الدفع أو الفداء فله تعيين أحد الموجبين فى كل جناية ولو قتل انسانا وفقأ عين آخر وقطع يده دفع العبد لان الاستحقاق بقدر الحق وحق المقتول فى كل العبد وحق المفقوأة عينه فى نصفه وكذلك المقطوع يده وكذلك اذا شج ثلاثة شجاج مختلفة دفع اليهم وقسم بينهم بقدر جناياتهم ولو جنى العبد جنايات فغصبه انسان وجنى فى يد الغاصب جنايات فمات فى يده فالقيمة تقسم بين أصحاب الجنايات كما تقسم الرقبة ولا خيار للمولى فيه لان القسمة تعينت واجبا وهى أقل من أن يكون امساكها مفيدا وان كان الفداء أكثر من القيمة ولو قتل العبد الجانى عبد الرجل آخر خير مولى العبد بين الدفع والفداء فان فداه بقية المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الاولى على قدر حقوقهم لان القيمة قائمة مقامه ولو دفعه الى مولى المقتول خير مولى المقتول فى المدفوع بين الدفع والفداء فان فداه بقيمة المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الاولى على قدر حقوقهم لان الثانى قائم مقام الاول فكأنه هو ولو كان حيا قائما يخير المولى فكذا فيمن قام مقامه وكذا لو قطع عبد يد الجانى فدفع به خير مولى العبد المقطوع بين الدفع والفداء لان العبد الثانى قائم مقام الاول وكان حق ولى المقتول متعلقا بجميع أجزائه فيظهر حقه فى بدل الجزء ولو لم يظهر حقه فى بدل الكل ولو اكتسب العبد الجانى أو ولدت الامة الجانية لم يدفع الكسب والولد معها لان الملك ثبت لمولى الجانية بالدفع لا قبله فكان الدفع تمليكا للعبد فاذا اقتصر الملك على حالة الدفع لم يظهر فى حق الكسب والولد بخلاف الارش فانه بدل الجزء فكان حق الدفع متعلقا بذلك الجزء فيظهر استحقاق الاصل فى حق البدل أمة قطعت يد رجل ثم ولدت فقتلها الولد خير المولى فان شاء دفع الولد وان شاء دفع فداه بالاقل من دية اليد ومن قيمة الام لان جناية المملوك على مملوك مولاه معتبرة اذا تعلق حق الغير به لان الحق بمنزلة الحقيقة فى حق ايجاب الضمان وقد تعلق بالام حق المقطوعة يده فكانت جناية الولد عليها معتبرة قضاء لحق صاحب الحق

وأما الجناية على أطراف العبد قال أبو حنيفة وكل شئ من الحر فيه الدية يجب في العبد القيمة وكل شئ من الحر فيه نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة الا اذا كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر ينقص عشرة أو خمسة في رواية المبسوط والجامع أنه يجب أرش مقدر فيما دون النفس وعندهما يقوم صحيحا ويقوم منقوصا بالجناية فيجب فضل ما بين القيمتين وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة لهما أن ضمان أطراف العبيد ضمان أموال لان أطراف العبيد معتبرة بالاموال لانها خلقت حرز للنفس ولهذا لا يجب ضمانها على العاقلة وضمان الاموال مقدر بقدر النقصان وله ان الاطراف من جملة النفوس حقيقة لان النفس مركبة من الاطراف وفي اتلافها اتلاف النفس وفي استكمالها كمال النفس لكن فيها معنى المالية باعتبار انها خلقت لمنافع النفس ومصالحها فيجب اعتبارها فلا يجوز اخلاء النفسية عن أطراف العبيد بالكلية وباعتبار النفسية فيها يجب ان يكون بدلا مقدرا كالاطراف وباعتبار معنى المالية فيها أوجبنا ضمانها على الجاني دون العاقلة لان النص ورد بايجاب الضمان على العاقلة في النفوس المطلقة ولم يوجد فأما تقرير الضمان بما هو ملحق بالنفوس ملائم للاصل ألا ترى ان ضمان عين البقر والفرس مقدر بربع قيمته فصار العبد أولى ان يكون مقدرا ولو قطع رجل يد عبد قيمته ألف ثم بعد القطع صارت قيمته ألفا كما كانت قبل القطع ثم قطع رجل آخر رجله من خلاف ثم مات منهما ضمن الاول ستمائة وخمسة وعشرين والآخر سبعمائة وخمسين لان الاول قطع يده وقيمته ألف فغرم خمسمائة لان اليد من الآدمي نصفه وبقيت قيمة النصف الآخر خمسمائة واذا ازدادت خمسمائة أخرى صارت ألفا فهذه الزيادات لا تعتبر في حق قاطع اليد لانها لم تكن موجودة وقت القطع وانما حدثت بعده فبقي في حق قاطع اليد قيمة الباقي خمسمائة ثم قاطع الرجل أتلف النصف الباقي وذلك مائتان وخمسون بقيت مائتان وخمسون تلفت بسراية جنايتهما فيجب على قاطع اليد نصف ذلك وذلك مائة وخمسة وعشرون وقاطع الرجل حين قطع رجله كانت قيمة العبد ألفا ضمن نصفه وهو خمسمائة وبقي خمسمائة في حقه وقد تلفت بسراية جنايتين فضمن نصفه وذلك مائتان وخمسون يضم ذلك الى خمسمائة فتصير سبعمائة وخمسين ولو صار يساوي ألفين وهو أقطع فعلى قاطع الرجل ألف وخمسمائة لان الزيادة في حق قاطع اليد غير معتبرة فصار وجودها وعدمها بمنزلة فعليه ستمائة وخمسة وعشرون كما وصفنا فاما قاطع الرجل بالقطع أتلف نصفه فضمن قيمته وهي ألف وألف تلف بسراية الجنايتين يغرم نصفه وهو خمسمائة فيضم خمسمائة الى الالف فيكون ألفا وخمسمائة وفي النوازل روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله رجل قطع اذن عبد أو أنفه أو حلق لحيته فلم تنبت فعليه ما نقصه وروى محمد عن أبي حنيفة أن عليه للمولى قيمته تامة ان دفع اليه العبد وجه رواية الحسن أن الفائت من العبد معتبر من حيث المالية وبفوات الجمال تقل رغبات الناس فتنتقص المالية فيضمن النقصان وجه رواية محمد ان ما يجب بتفويته من الحر كمال الدية فيجب بتفويته من العبد كمال القيمة في اليدين والرجلين لان دية أطراف العبد مقدرة لما بينا رجل فقأ عيني عبد ثم قطع آخر يده كان على الفاقئ ما نقصه وعلى القاطع نصف قيمته مفقوء العينين استحسانا والقياس أن لا شئ على الفاقئ على أصل أبي حنيفة لان عنده ليس للمولى امساك المفقوء وتضمين النقصان وانما له كمال القيمة وتمليك الجثة منه وبالقطع الطارئ على المفقوء امتنع تضمين القيمة فيقدر ايجاب الضمان عليه وجه الاستحسان ان الجناية تقررت موجبة للضمان قبل القطع فلا يجوز تعطيل السبب عن الحكم واهدار الجناية فيغرم النقصان صونا للذمة عن الهدر والبطلان وروى الحسن عن أبي حنيفة في عبد قتل رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل آخر خطأ فاختار الدفع فانه يدفع أرباعا ثلاثة أرباعه لولي الخطا وربعه لولي العمد الذي لم يعف وهو قولهما وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة يدفع اليهما أثلاثا ثلثاه لاصحاب الخطا وثلث لاصحاب العمد وقال زفر رحمه الله يدفع نصفه الى ولي الخطا وربعه الى ولي العمد ويبقى ربعه للمولى ولزفر رحمه الله ان حق الوليين متعلق بالعين وبعفو أحدهما سقط حقه وانتقل حق الآخر الى الرقبة أو الفداء في النصف وحق ولي الخطا في الكل لانه لا يشاركه غيره فيه وحق الولي بالعفو عاد الى الربع فيكون الربع له بقي ثلاثة أرباعه بينهما على قدر حقهما وجه رواية الحسن أنه اذا عفا أحد وليي العمد ففي حق الآخر المزاحمة في الربع لانه تعلق حق ولي الخطا بالنصف لا بالكل فبقي حق غير العافي فيه الربع فانتقل الى الرقبة أو الفداء فيكون الباقي بينهما أرباعا وجه رواية أبي يوسف وهو الاصح أنه اذا عفا أحد وليي العمد بقي حق الآخر في النصف لان حقهما قد تعلق بالكل لان تعلق الاول لا يمنع تعلق الثانية الا أن بالعفو فرغ نصف الرقبة عن حكم الجناية الاولى فبقي حق الاول متعلقا بالنصف وحق الثاني في الكل فيكون المدفوع بينهما أثلاثا هشام عن محمد قال مملوك قتل مملوكا لرجل خطأ ثم قتل أخا مولاه وليس

لاخي مولاه وارث غيره فانه يدفع نصف العبد كله الى مولى العبد أو يفديه والنصف الباقي للمولى لان حق أخي المولى تعلق برقبة الجاني بعد ما تعلق به حق المولى فتقع المزاحمة بينهما فيكون بينهما نصفين واذا انتقل النصف الى المولى بالارث سقط بعد الوجوب لان المولى لا يستوجب على عبده شيأ فبقي حق الأول في النصف فان قتل أخا مولاه أولا ثم قتل مملوك رجل خطأ فانه يدفع العبد كله الى مولى العبد المقتول أو يفديه لانه لما انتقل الحق الى المولى بالارث سقط عنه واذا جنى على الثاني ولا يزاحمه الاول فقد تعلق حق ولي الجناية الثانية من غير مزاحمة وان كان لاخي مولاه بنت وقد قتله العبد أولا فانه يضمن ثلاثة أرباع العبد لمولى العبد المقتول وربعه للبنت لان حق ولي الجناية الثانية تعلق بالنصف وتعلق حق الوارثين بالنصف الا انه سقط حق المولى عن الربع وبقي حق البنت في الربع فان كانت الضرتان بتان معا وليس له بنت فالعبد بينهما نصفان لان الجنايتين افترقتا فلم تصادف احداهما محلا فارغا قال أبو حنيفة رجل فقأ عيني عبد فمات العبد من غير الفقء فلا شيء على الفاقئ وان لم يمت ولكنه قتله انسان لزم الفاقئ النقصان لان الضمان ضمان تفويت المالية والقتل تفويت المال والموت حكم المالية ولا يفوتها وقال محمد رحمه الله يضمن النقصان في الوجهين لان الجناية تحققت في الحالين فانعقدت موجبة للضمان قال في الهداية والمولى عاقلته قال بعض الافاضل ليس هذا مخالفا حيث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا اهـ وأجيب بان المراد المولى كالعاقلة اهـ قال في العناية لا يقضى على المولى بشيء حتى يبرأ المجني أو يتم أمره لان القضاء قبله قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وفي المنتقى اذا قتل العبد رجلا خطأ فقال المولى أفدى نصفه وأدفع نصفه فهذا اختيار منه للعبد وعليه دية كاملة قال رحمه الله ﴿فان فداه فجنى فهي كالاولى فان جنى جنايتين دفعه بهما أو فداه بارشهما﴾ لانه لما ظهر حكم الجناية الاولى بالفداء جعل كأنه لم يجن من قبل وهذه ابتداء جناية ولو جنى قبل ان تختار في الاولى شيأ أو جنى جنايتين دفع دفعة واحدة ولو جنايات قيل لمولاه اما أن تدفعه أو تفديه بارش كل واحدة من الجنايات لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالمديون لاقوام أو لواحد ألا ترى ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه أولى أن لا يمنع بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره من الغرماء والفرق أن الرهن ايفاء واستيفاء حكما فصار كالاستيفاء حقيقة فاما الجناية فليس فيها الا تعلق الحق لولي الاولى وذلك لا يمنع تعلق حق آخر به ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم ارش جنايته قال رحمه الله (فان أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش) يعني لو أعتق الجاني ولم يعلم بها ضمن الاقل من القيمة ومن الارش واذا جرح العبد رجلا فاختار المولى الفداء ثم مات المجروح خير مرة أخرى عند محمد استحسانا وعند أبي يوسف عليه الدية ولا يخير قياسا وهي من المسائل التي رجع فيها أبو يوسف رحمه الله من الاستحسان الى القياس ولو أعتقه وهو يعلم ثم مات المجروح كان مختارا للدية ان كان خطأ وجه القياس انه اختار أرش الجراحة فيكون اختيار الارش بها وما يحدث ويتولد عنها كالعفو عن الجراحة ويكون عفوا عنها وعما يحدث منها لان السراية لا تنفك عن الجناية فيكون اختيار الاصل اختيار التبع المتولد منه ضرورة لانه صار قاتلا بتلك الجراحة فظهر أنه اختار امساك العبد بعد القتل وهو عالم بالقتل كما لو أعتق العبد بعد الجراحة وجه الاستحسان ان المولى انما اختار امساك العبد بمال قليل على حساب ان الجراحة لا تسري فبعد الموت لو لزمه لزمه حكم الاختيار بمال كثير وهو دية واختيار الانسان امساك العبد بمال قليل لا يكون اختيارا منه باداء مال كثير لانه غير راض به فلو لزمه تضرر به فوجب ان لا يلزمه حكم الاختيار بالدية بخلاف ما لو أعتقه بعد الجراحة ثم مات لانه لم ينص على اختيار العبد بمال قليل بل اختار امساك العبد مطلقا قتل عبد رجلا عمدا وله ولي واحد فطلب الفداء فاختار المولى الفداء عن نصف العبد يصير مختارا للفداء عن الكل لان في التفريق ضررا عليه فلا يتمكن المولى من ذلك فصار مختار الفداء عن الكل ضرورة وان كان له وليان فاختار الفداء في نصيب أحدهما يصير مختارا للفداء في حق الآخر في عامة الروايات لان المستحق لموجب الجناية هو الميت لان الجناية وردت على حقه وأمكن اثبات الملك لموجب الجناية لان بعد الموت تبقى التركة على حكم الملك ولهذا لا تنفذ وصاياه وتقضى منها ديونه فوقع الملك للميت أولا ثم انتقل الى الوارث وكان المستحق لموجب الجناية هذا فيصير مختار الفداء من الكل ضرورة وفي رواية كتاب الدر لا يصير مختارا لان الملك في موجب الجناية يثبت للمولى ابتداء لان الميت ليس باهل للملك فكان المستحق للجناية اثنين فالتفريق لا يلحق باحدهما ضررا لم يكن مستحقا عليه وفي قتل الخطا لو كان الولي واحدا فاختار الفداء في النصف يكون اختيار الفداء في حق الآخر ما دام العبد قائما لان حقهما ثابت في العبد متفرقا مشتركا واذا مات العبد قبل

أن يدفع النصف الى الآخر يصير مختارا للفداء لان الحق ثبت للمقتول ولو صالح أحدهما على نصف العبد خير المولى والولى المدفوع اليه بين أن يدفعا نصف العبد الى الثانى أو يفديا لان الجناية انقلبت مالا والعبد فى ملكهما فيعتبر بما لو جنى جناية خطأ والعبد ملكهما يخير بين الدفع والفداء فكذا هذا لان العبد فرغ من نصف الجناية بالصلح وبقى مشغولا بالنصف فثبت لهما الخيار فى النصف وان صالح أحدهما عن جميع العبد قيل للشريك ادفع نصفه الى أخيك أوافده لانه انتقل الملك اليه ونصفه مشغول بالجناية ولو قتلت أمة رجلا عمدا وله وليان فصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختارا للفداء فى نصيب الآخر فيفديه بنصف الدية وذكر فى كتاب الدرر لا يصير مختارا للفداء ولو صالح أحدهما فى ثلث الامة كان الثانى له خيار ان يدفعه أو يفديه وفى الجامع والدرر لا يكون منه اختيارا وجه هذه الرواية انه سوى بين الدفع والفداء فى البعض وذلك لان الملك يقع للميت أولا ثم ينتقل الى الوارث لما بينا فكان ملك الميت أصلا وملك الوارث بناء عليه فيكون المستحق للجناية واحدا فاختيار الدفع والفداء فى البعض يكون اختيارا فى الكل لئلا يتفرق الملك على المستحق وجه رواية الصلح وهو الفرق بين الدفع والفداء ان الانسان قد يضطر الى أن يخرج بعض العبد عن ملكه لكى يعيد الزائل الى ملكه فى الثانى واذا وجد ثمن فلا يكون اختيار دفع النصف اختيار دفع النصف الآخر دلالة فاما اختيار بعض الفداء يدل على اختيار امساك الامة فى ملكه لرغبة لا مساكها لمنافع تحصل له منها لا تحصل له من غيرها وتلك المنافع تحصل من كلها لا من بعضها فاختيار امساك الامة يدل على اختيار الفداء ضرورة اختيار الصلح أن يقول المولى اخترت الفداء أو الدلالة كما لو تصرف فيه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بالعتق أو بالتدبير أو بالكتابة أو بعيب كفقء العين والجراحة وقطع اليد وأما فى الرهن والاجارة والنكاح كالو تزوج منه امرأة وكانت أمة فتزوجها فهذا لا يكون اختيارا فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى انه يصير مختارا ولو ان العبد مات قبل أن يختار المولى شيأ بطلت الجناية عمدا كانت أو خطأ ولا يؤخذ المولى بشئ فان لم يمت ولكن قتله مولاه فانه يصير مختار اللارش فان لم يقتله مولاه ولكن قتله أجنبى فان كان عمدا بطلت الجناية وللمولى أن يقتص وان كان خطأ يأخذ القيمة ثم يدفع تلك القيمة الى أولياء الجناية حتى لو تصرف فى تلك القيمة لا يصير مختار اللارش وكذلك لو قتله عبد تخير المولى بين الدفع والفداء ويدفع الى ولى الجناية ولو دفع العبد الى مولى العبد المقتول قام مقامه الحاود ما كانه هو فيخير المولى بالفداء حتى لو تصرف فى العبد المدفوع بالبيع أو بالعتق أو نحوه فانه يصير مختارا للفداء ولو لم يقتله عبد الاجنبى ولكنه قتله عبد آخر لمولاه فانه يخير المولى بين الدفع والفداء بقيمة العبد المقتول فان دفعه العبد اليه سلم لهم وان اختار الفداء يفدى بقيمة العبد المقتول ولو قطع الاجنبى يده هذا وفقأ عينه أو جرحه فيخير العبد الأجنبى فان دفع أو فداه بالارش فانه يقال لمولى العبد المفقوءة عينه ادفع عبدك هذا الى ولى الجناية أوافده وقيد الضمان فى العتق يكون للقتل خطأ لانه لو كان عمدا فاعتق لا يلزمه شئ ولو كان العبد قتل رجلا عمدا واوجب القصاص فاعتقه مولاه فلا يلزم المولى شئ ولو كان للمقتول وليان فعفا أحدهما بطل حقه وانقلب نصيب الآخر مالا فله أن يستسعى العبد فى نصف قيمته ولا يجب على المولى نصف القيمة هذا اذا جنى فقط فلو جنى وأتلف مالا قال ولو كان العبد استهلك مالا فوجب عليه وقتل آخر خطأ فحضر أصحاب الديون وأولياء الجناية معا فانه يخير المولى بين الدفع والفداء فان طهرت رقبة العبد عن الجناية فبعد ذلك يباع فى الدين الا اذا قضى السيد الدين وان اختار الدفع دفعه الى أولياء الجناية ثم يتبعونه فى دينهم وان حضر أصحاب الديون أولا فباع المولى العبد فى دينهم بغير أمر القاضى فانه ينظر ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفداء وان كان غير عالم بالجناية يلزمه الاقل من قيمته ومن الدين وان كان الدفع للقاضى فان كان القاضى غير عالم بالجناية فباع العبد فى الدين لم تبطل الجناية وان كان القاضى يعلم بالجناية فباعه فى الدين بطلت الجناية وفى الذخيرة وفى الاصل اذا جنى جناية وخير المولى بين الدفع والفداء فاختار نصف العبد واختار الفداء فى نصفه الآخر فهذه المسئلة على وجوه أحدها ان يكون ولى الجناية واحدا بان قتل العبد رجلا خطأ وله ولد واحد والقتل خطأ وفى هذا الوجه اذا اختار المولى الفداء فى نصف العبد يصير مختارا للفداء فى الكل لذلك واذا اختار نصف العبد يصير مختار الدفع الكل وهذا باتفاق الروايات والثانى ان يكون المقتول اثنين بان قتل العبد رجلين خطأ ولكل واحد منهما ابن واختار المولى الفداء فى أحدهما أو الدفع فانه يبقى على اختياره فى حق الآخر وهذا باتفاق الروايات أيضا الثالث اذا كان المقتول واحدا وله وليان فاختار المولى الفداء فى حق الآخر ففى عامة الروايات يكون مختارا للفداء وفى كتاب الدرر لا يكون مختار اللفداء والاصل فى هذه المسئلة ان المولى

متى

متى أحدث فى العبد تصرفا يعجزه عن الدفع وهو غير عالم بالجناية يصير مختارا واذا أحدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارا وان كان عالما بالجناية فاذا ثبت هذا الاصل فنقول الاعتاق تصرف يعجزه عن الدفع لان اعتاقه نافذ و بعد العتق لا يمكنه الدفع فاذا أعتق مع العلم بالجناية يكون مختار الفداء ولو كانت أمة فوطئها فهذا ليس باختيار للفداء عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله يكون مختارا للفداء وكذلك اذا تزوجها لا يكون مختارا للفداء وفى الظهيرية الا اذا أحبلها وفى التهذيب ولو كانت أمة فتزوجها لا يصير مختار الفداء وكذلك اذا وطئها لا يكون مختار للفداء الا اذا كانت بكرا أو علقت وذكر فى المنتقى عن أبى يوسف فى مسئلة الوطء ثلاث روايات قال فى رواية الوطء لا يكون مختارا للفداء وان كانت الجارية بكرا وهذه رواية هشام وفى رواية الحسن عن أبى مالك ان كان الوطء نقصها فهو اختيار للفداء وان لم ينقصها فليس باختيار وبه كان يقول أبو حنيفة وعن أبى يوسف رواية أخرى ان الوطء اختيار للفداء على كل حال وفى الذخيرة وذكر فى عتاق الاصل انه يكون اختيارا للفداء فان استخدمها لا يكون اختيارا للفداء وفى السغناقى حتى لو عطبت فى الخدمة لا ضمان عليه وكذا لو كان عليه دين فاستخدمه المولى لم يضمن الفداء وفى السراجية المولى اذا أذن العبد الجانى فى التجارة ولحقه دين لم يصيره مختار الفداء وفيه أيضا عبد قتل حرا خطأ ثم قتله رجل آخر خطأ فاخذ المولى قيمته من قاتله لم يكن مختارا ويضمن مثلها المولى الحر السغناقى ولو ضربه ضربا أثر فيه الضرب حتى صار مهزولا أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية واذا ضربه وهو غير عالم بالجناية كان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو غير عالم به ثم ذهب البياض لا يكون مختار الفداء بل يدفع ويفدى ولو خوصم فى حالة البياض فضمنه القاضى الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ فلا يرد وأطلق فى العتق والضمان فشمل ما اذا أعتقه باذن ولى المجنى عليه أولا وفى نوادر ابن سماعة اذا أعتقه المولى باذن ولى الجناية فهو اختيار للفداء وعليه الدية وفى الاملاء عن محمد رحمه الله ان اجازة بيع العبد بعد جنايته فى يده ليس باختيار للفداء فى قول أبى يوسف ومحمد و يقال للمشترى ادفع أو رد وفى التجريد وأطلق فى العتق فشمل ما اذا أعتق أو أمر به قال ولو أمر المولى المجنى عليه باعتاقه فاعتقه صار المولى مختارا عبد بين رجلين جنى جنايتين فشهد أحد المولين على صاحبه انه أعتقه لم تجز شهادته عليه ولو بالغا حين شهد بهذا فعليه نصف الدية وعلى الاخر نصف القيمة وفيه رجل ورث عبدا أو اشتراه فجنى جناية وزعم المولى بعد جنايته ان الذى باعه اياه كان أعتقه قبل البيع أو ان أباه كان أعتقه فانه مختار للفداء بهذا القول وفى الجامع الصغير اذا قال لعبده اذا قتلت فلانا أو أدميته أو شججته أو ضربته فانت حر يصير مختار الفداء وفى الكافى يكون على المولى دية القتيل عند علمائنا الثلاثة وفى الكافى وقال زفر لا يصير مختار الفداء وعليه قيمة العبد قال الشيخ الامام خواهر زاده هذا اذا علق العتق بضرب يوجب الضمان حتى يكون المولى يخير بين الدفع والفداء وأما اذا علق العتق بضرب يوجب القصاص بان قال ان ضربت فلانا بالسيف فانت حر فانه لا يلزم المولى شئ لا القيمة ولا الفداء وفيه رجل أذن لعبده فى التجارة فلحقه دين ألف درهم وقيمته ألف وجنى جناية فاعتقه المولى وهو لا يعلم فان عليه قيمتين قتل العبد المرهون رجلا خطأ وقيمته مثل الدين فللمرتهن أن يفدى وليس له أن يدفع فان قال لا أفدى كان للراهن أن يدفع بالجناية فان أعتقه كان مختار الفداء وفى الكافى ولو أقر مولى الجناية بعد العلم بالجناية ان العبد لهذا فهو اختيار للفداء عند زفر وعندنا لا يكون مختارا وفى السغناقى ولو ان عبدا فى يد رجل جنى جناية فقال ولى الجناية هو عبدك وقال الرجل هو وديعة عندى لفلان أو عارية أو اجارة أو رهن فان أقام على ذلك بينة أجزت الامر فيه وان لم يقم خوطب بالدفع أو الفداء وقال زفر مختار الدية بمجرد قوله انه لفلان فان فداه ثم قدم الغائب أخذه عبده بغير شئ وان كان دفعه فالغائب بالخيار ان شاء أمضى ذلك وان شاء أخذ العبد ودفع الارش وفى المنتقى عبد قتل قتيلا وقامت عليه البينة بذلك ثم أقر المولى انه قتل قتيلا آخر فانه يؤمر بدفعه اليهما نصفين ثم يضمن نصف قيمته لصاحب البينة الحسن بن زياد عن أبى يوسف رجل أقر ان عبده قتل رجلا خطأ ثم أقر عليه أيضا برجل آخر انه قتله خطأ يقال للمولى ادفع عبدك للاول خاصة أو افده فان دفعه فلا شئ للآخر وان فداه من الاول قيل له ادفع الى الآخر نصيبه أو افده بنصف الدية وروى ابن مالك انه يقال للمولى ادفعه اليهما نصفين فان دفعه غرم الاول نصف قيمته وان قال أنا أفديه من الآخر دفعه كله الى الاول فان قال أفديه من الاول دفع نصفه الى الآخر وهو قول زفر وذكر العباس بن الوليد عنه انه اذا دفع نصفه الى الثانى فهو مختار الدية

من الاول رجل فى يديه عبد لا يدرى أنه له أو لغيره لم يدع صاحب اليد انه له ولم يسمع من العبد اقراره أنه عبد صاحب اليد الا انه يقر بانه عبد فجنى هذا العبد جناية وثبت ذلك بالبينة أو باقرار صاحب اليد ثم ان صاحب اليد أقر أنه عبد رجل وصدقه المقر له بذلك وكذبه فى الجناية فان كانت الجناية ببينة قيل للمقر له ادفع أو افده وان كانت الجناية باقرار الذى كان العبد فى يده أخذ المقر له العبد وبطلت الجناية ولم يكن على المقر من الجناية شئ وفيه أيضا عبد قطع يد رجل خطأ فبرأت فدفعه مولاه بجنايته ثم انتقض الجرح فمات منه قال يدفع قيمة عبده وفى العيون الحسن بن زياد عن أبى حنيفة فى عبد قطع أصبع رجل خطأ ففداه المولى بألف ثم مات المقطوع أصبعه كان ذلك الفداء باطلا وكان عليه تمام الدية ان كان الفداء بغير قضاء القاضى وصار بمنزلة من أعتق وهو يعلم وفى الكافى رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوعة يده على عبد ودفع اليه فاعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للأولياء اما ان تقتلوه واما ان تعفوا وفى النوادر عبد جنى فاقر ابن السيد أنه حر فمات السيد فورثه هذا الابن فهو حر وعلى الابن الدية جارية جنت وهى حامل فاعتق السيد ما فى بطنها وهو يعلم بالجناية صار مختارا قبل ان تضع ولو لم يكن عالما بالجناية فان حضر الطالب قبل الوضع خير ان شاء ضمن المولى قيمتها حاملا وان شاء أخذها حاملا بجنايتها وكان ولدها حرا وان حضر بعد ما ولدت خير المولى ان شاء دفع وان شاء فدى ولا سبيل على الولد وفى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف اذا أعتق الرجل ما فى بطن جاريته ثم جنت جناية فدفعها بالجناية جاز وفى العيون أيضا باع جارية فولدت عند المشترى لاقل من ستة أشهر فجنى على الولد ثم ادعاه البائع وهو يعلم بالجناية فعليه الدية لاصحاب الجناية فى قول أبى يوسف وقال زفر رحمه الله تعالى عليه القيمة دون الدية والفتوى على قول أبى يوسف وفيه أيضا جارية بين رجلين فولدت ولدها فان ادعاه أحدهما وهو عالم بالجناية قال أبو يوسف الدية عليه وان لم يعلم قال زفر اذا علم فعليه نصف القيمة وفى العيون جارية بين رجلين جاءت بولد فجنى الولد جناية فادعاه أحدهما فان علم بالجناية فعليه نصف الدية وان لم يعلم فعليه نصف القيمة وهذا قول زفر وقال أبو يوسف عليه نصف الدية علم أو لم يعلم قال لعبديه أحدكما حر ثم جنى أحدهما ثم صرف المولى العتق اليه قال أبو يوسف ان علم بالجناية فعليه الدية وقال زفر عليه القيمة وفى الظهيرية ولو جنى كل واحد منهما بعد الايجاب ثم بين العتق فى أحدهما عتق ولزمه الاقل من قيمته ومن الدية وبقى الآخر مملوكا له يقال ادفعه أو افده بالدية ولا يصير مختارا للفداء ولكن لو كانت جناية أحدهما قطع يد رجل وجناية الآخر قتل نفس لا يختلف الجواب وفى التجريد قال أبو يوسف اذا غصب رجل عبدا فقتل عنده قتيلا خطأ ورده على مولاه فقتل عنده قتيلا ودفعه المولى بالجنايتين رجع الولى على الغاصب بنصف القيمة ودفع الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع به على الغاصب فيسلم له وقال محمد وزفر يأخذ نصف القيمة فيسلم له ولا يدفعها الى ولى الجناية عبد جنى فاوصى المولى بعتقه فى مرضه فاعتقه الوارث أو الوصى فان الوصى عالما بالجناية فعليه الدية قدر قيمته من جميع المال والزيادة من الثلث وان لم يكن عالما بها تجب القيمة فى مال الميت فى قول زفر ولم يذكر ان الذى أعتق هل يضمن وماذا يضمن وقال أبو يوسف ان علم الذى أعتقه بالجناية فعليه الدية قال الفقيه أبو الليث يكون هذا قول أبى يوسف الاول اما على قياس قوله الآخر ينبغى أن يكون قوله مثل قول زفر كما قال فى آخر كتاب البيوع لو اشترى عبدا ولم ينقد الثمن حتى وكل وكيلا بعتقه فاعتقه الوكيل لا ضمان على الوكيل فى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد وهكذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله هذا اذا كانت الوصية بالعتق بعد ما جنى أما اذا أوصى بعتقه قبل الجناية ثم جنى فمات الموصى فاعتقه الوصى وهو يعلم بالجناية فهو ضامن للجناية وان لم يعلم فهو ضامن القيمة ولا يرجع على الورثة اذا وكل رجلين بعتق عبده ثم ان العبد جنى جناية ثم أعتقه الوكيل وهو يعلم بالجناية فالمولى ضامن لقيمة العبد ان لم يكن عالما بالجناية وفى المنتقى وفى نوادر ابن سماعة عن محمد اذا أوصى بعتق عبده ثم مات وقد كان أوصى الى رجل فجنى العبد جناية بعد موت الموصى ثم أعتقه الوصى وهو يعلم بالجناية فهو مختار الدية فى ماله وان لم يعلم فعليه القيمة وفى الظهيرية ولو قال لعبديه وقيمة كل واحد منهما ألف أحدكما حر ثم قتل أحدهما انسانا خطأ ثم مات المولى قبل البيان وهو عالم بالجناية عتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى فى نصف قيمته ويجب على المولى قيمة العبد الجانى فيستوفى من جميع تركته ولا يصير مختارا للفداء بالموت من غير بيان واحد من العبدين وفى التجريد ولو قتل العبد المغصوب فى يد الغاصب ومات وقد كان جنى قبل الغصب جنايات فالقيمة لاصحاب الجنايات ولا خيار للمولى فى ذلك ولا يجوز اقرار العبد المأذون والمحجور عليه بالجناية ولا يسعى بعد العتق ولو أقر بعد العتق

انه كان جنى فى حالة الرق لم يلزمه شئ ولو قتل العبد قتيلا خطأ ثم قطعت يد العبد ثم آخر خطأ فأرش يده يسلم لاولياء الجناية الاولى ثم يدفعه العبد فيكون بين ولى الجنايتين ولو اختلف المولى وولى الجناية فادعى المولى أن القتل كان قبل الجناية وادعى ولى الجناية انه كان بعدها فالقول قول الولى ولو شج انسانا موضحة وقيمته ألف ثم قال قتل آخر وقيمته ألفان فان المولى يدفع بينهما على أحد وعشرين سهما لصاحب الموضحة سهم وعشرون لولى القتيل وكذلك لو كان عمى بعد القتل قبل الشجة ومايحدث من الزيادة والنقصان فهو على الشركة وفى العيون اذا أوصى بعتق عبد له فجنى العبد جناية ارشها درهم فقالت الورثة بعد موت الموصى لا نفدى فلهم ذلك فاذا تركوا الفداء يدفع بالجناية وتبطل بالوصية الا أن يؤدى العبد من غيرما اكتسبه بان يقول للانسان أدّ عنى درهما ففعل يصح و يصير ذلك الدرهم دينا على العبد يطالب به اذا عتق قال رحمه الله ﴿ولو علم بها لزمه الارش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك﴾ يعنى لو أعتق عبده عالما بالجناية صار مختار للفداء بهذا العتق لان الاعتاق يمنع من الدفع فالاقدام عليه اختيار فاذا أعتقه وهو يعلم بالجناية صار مختارا للفداء لما قلنا وهو المراد بقوله كبيعه يعنى لو باعه عالما بالجناية وعلى هذين الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لان كل واحد منهما يمنع من الدفع لزوال الملك والتمليك به بخلاف الاقرار لغيره بالعبد الجانى على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولى الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لان الاقرار ليس بتمليك من جهة المقر وانما اظهار الحق فيحتمل أن يكون صادقا بذلك فاذا لم يصر مختارا الا يلزمه الفداء وتندفع الخصومة عنه ان أقام بينة انه للمقر له وان لم تقم فيقال له اما ان تفديه أو تدفعه فان فداه صار متطوعا بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له اذا حضر وصدقه أنه له وان دفعه كان المقر له بالخيار اذا حضر ان شاء أجاز دفعه وان شاء فداه ولا فرق فى هذا المعنى بين ان تكون الجناية فى النفس أو فى الاطراف لان الكل موجب للفداء فلا يختلف وكذا الا فرق فى البيع بين أن يكون بتا و بين أن يكون فيه خيار المشترى لان الكل يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ثم نقضه أو العرض على البيع لان الملك لم يزل به ولا يقال المشترى بالخيار اذا باع بشرط الخيار له يصير مختارا للاجازة به فوجب هنا أن يكون مختارا للفداء لانا نقول لو لم يكن المشترى مختار اللزم منه ملك غيره وهنا لا يلزم ولانه يلزم فى البيع بيع الغرر وهنا لا يلزم ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفداء حتى يسلمه لان الملك لا يزول الا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختارا للفداء بها لان حكم الكتابة تعلق العتق بأداء المال وفك الحجر عن العبد فى الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لان حكمه وهو الملك لا يثبت الا بالقبض ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له ان يدفعه بالجناية فان كان ذلك قبل ان يقضى عليه بالقيمة و بعدها لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضاء ولو باعه من المجنى عليه كان مختار الفداء بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المأمور به ينتقل الى الآمر ولو ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه حبس جزأ منه فان أزال النقصان قبل القضاء بالقيمة كان له ان يدفعه بها لزوال المانع من الدفع قبل استقرار القيمة و يصير مختارا بالاجارة والرهن فى رواية كتاب الاعتاق لانهما الازمان فيكون محدثا فيه ما يعجز عن الدفع والاظهر أنه لا يصير مختارا بهما للفداء لانه لم يعجزه عن الدفع لان له ان يفسخ الاجارة والرهن لحق المجنى لتعلق حقه بعين العبد سابقا على حقهما فيفسخان صونا لحقه عن البطلان وكذا لا يصير مختارا بالاذن فى التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولى الجناية أن يمتنع من القبول لان الدين لحقه من جهة المولى بعد ما تعلق به حقه فلزم المولى قيمته ولو جنى جنايتين فعلم باحدهما دون الاخرى وتصرف به تصرفا يصير به تصرفا مختارا للفداء فيما علم وفيما لا يعلم يلزمه حصته من قيمة العبد وقوله كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان أو رميه وشجه ان فعل ذلك أى يصير مختارا ببيعه بعد العلم بها و بتعليق عتقه بما ذكرنا من القتل والرمى والشج يصير مختارا كما يصير مختارا بالاعتاق بعد الاعلام بها وانما يصير مختارا بالتعليق عند علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصير مختارا كما لا يصير مختارا بالاعتاق بعد الاعلام بها وانما يصير مختارا بما ذكرنا لان أوان تكلمه به لا جناية من العبد ولا علم للمولى بما سيوجد بعده و بعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى انه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث بذلك فى يمينه فكذا هذا ولنا أنه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى ان من قال لامرأته اذا

دخلت الدار فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا ان قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا ومات من ذلك يصير فارا الا انه يصير مطلقا بعد الدخول ووجود المرض بخلاف ما أورده لان غرضه طلاق أو عتاق يمكنه الامتناع عنه فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي الى القتل والظاهر أنه يفعله وهذا دلالة الاختيار هذا اذا علقه بجناية توجب المال كالخطا وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان قال له ان ضربته بالسيف فانت حر فلا يجب على المولى شئ بالاتفاق لانه لا فرق بين العبد والحر فى القصاص فلم يكن المولى مفوتا حق ولى الجناية بالعتق و بكل قتل تجب الكفارة فيه يصير المولى مختارا كالقتل بالمباشرة وان لم تجب الكفارة فيه لا يصير مختارا وهو القتل تسببا كما لو وقع فى بئر حفرها المولى لان القتل تسببا ليس بقتل حقيقة لان القتل فعل فى الحر و يؤثر فى ازهاق الروح والتسبب ليس بفعل فى الحر لانه لم يوصل الالم الى الدية ولهذا لم يجب القصاص ولا يحرم الارث فلم يصر مستهلكا للعبد و بالقتل مباشرة صار مستدعيا للعمد فى كل موضع صار متلفا للعبد يضمن الفداء لما بينا ولو أخبره عبده بالجناية فاعتقه المولى وقال لم أصدقه فعند أبى حنيفة رحمه الله لا يضمن ما لم يخبره رجل حر عدل وعندهما يضمن الدية وان كان المخبر فاسقا أو كافرا وقد مرت فى الوكالة والشفعة ولو به لغيره فهو على قسمين اما ان أقر بالجناية أولا ثم بالملك أو على عكسه وكل قسم لا يخلو اما ان كان الملك فى العبد معروفا للمقر أو كان مجهولا أما القسم الاول لو أقر بالجناية ثم بالملك لغيره والملك فى العبد معروف للمقر فان صدقه المقر له فى الملك والجناية جميعا يقال للمقر له ادفع العبد أو افده لانه صح الاقرار لان حق المجنى عليه لا يمنع نفوذ تصرف المولى لان حقه فى الدفع أو الفداء وهو باق بعد الاقرار والثابت بالاقرار كالثابت بالبينة العادلة ومتى ظهر الملك للمقر له بالاقرار ظهر ان الجناية صدرت من ملكه وان كذبه فيهما لا يكون المقر مختارا للفداء خلافا لزفر له ان صحة الاقرار لا تتوقف على تصديق المقر له ولهذا لو مات المقر قبل التصديق يصير المقر به ميراثا لورثته فقد زال العبد عن ملكه بنفس الاقرار وهو عالم بالجناية فيصير مختارا ولنا ان صحة الاقرار لا توجب على التصديق والبطلان يتوقف على التكذيب واذا اتصل به التكذيب بطل من الاصل فلو صدقه فى الملك وكذبه فى الجناية صار المقر مختار الفداء لان الاقرار بالجناية على العبد صادف ملكه فى العبد فصح ثم اذا أقر بالملك لغيره وصدقه المقر له صار مزيلا للعبد عن ملكه فصار كما لو باعه أو وهبه وأما القسم الثانى لو أقر بالملك أولا ثم بالجناية ان صدقه فيهما فالخصم هو المقر له وان كذبه فيهما فالخصم هو المقر وان صدقه فى الملك وكذبه فى الجناية هدرت الجناية لانه لما صدقه المقر فى الملك ظهر أن اقراره بجناية العبد صادق فلا يصح اقراره بالجناية متى كذبه المقر له فلم تثبت الجناية وكذلك ان كان العبد مجهولا لا يدرى أنه للمقر أم لغيره فاقر بالجناية أولا ثم بالملك أو بالملك أولا ثم بالجناية لان الملك ثابت للمقر بظاهر اليد لا يستند الى دليل والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق واختيار الفداء فلم يصر مختارا للفداء بخلاف ما لو كان الملك له معروفا لان ملكه ثابت مستند الى دليل سوى ظاهر اليد فصلح حجة لاثبات ما لم يكن ولو قال كنت بعته من فلان قبل الجناية وصدقه فلان يخير المشترى بين الدفع والفداء لانه ثبت الملك بتصادقهما قال رحمه الله ﴿عبد قطع يد حر عمدا ودفع اليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يحرره رد على سيده و يقاد﴾ لانه اذا لم يعتقه وسرى ظهر ان الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد لان القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فى الاطراف و بالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته ثلاثا فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة فى درء الحد فكذا هذا فوجب القصاص أقول فيه بحث وهو أنه اذا أراد أن البطلان لا يورث الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره فى نظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدى نفعا ههنا لان الدافع لم يعلم ان القطع يسرى فيكون موجبه القود بل ظن أن لا يسرى وكان موجبه المال وان أراد ان الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا ترى أنه اذا وطئ المطلقة ثلاثا فى عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن انها تحل له فانه يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به فى كتاب الحدود ويفهم أيضا ههنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه وأما اذا أعتقه فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها على العبد مقتضى الاقدام على الاعتاق والمولى أيضا مصالح معه على هذا الوجه راضيا به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان راضيا بكونه عوضا

عن

عن الكثير فاذا أعتقه صح الصلح فى ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه وذكر فى بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء اما أن تقتلوا أو تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسئلة وهى مسئلة الصلح ترد اشكالا على قول أبى حنيفة فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هناك وفى هذه المسئلة قال يبطل الصلح ويجب القصاص فيما اذا لم يعتق العبد وان أعتقه فالصلح باق على حاله فالجواب أما اذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر فى مسئلة الصلح جواب القياس وما ذكر فى مسئلة الصلح جواب الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما ووجهه ان الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى باستيفاء بدلها وهذا تعينت الجناية وتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص أقول يرد عليه أنه ان أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيف ما كان وقد صرحوا فى صدر كتاب الجنايات بان موجب القتل العمد القود الا أن يعفو الاولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو فى اسقاط موجب الجنايات وان أريد بذلك ان الصلح لا ينافى ثبوت موجب الجناية فى الاصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقوطه بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجناية لم يمنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها فى الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتى الغدر والصلح والعفو أيضا لا ينافى ثبوت موجب الجناية فى الاصل قبل العفو كما لا يخفى وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وان بطل بالسراية الى النفس لكن بقيت شبهته لوجود صورة العفو وهى كافية لدرء الحد وأما اذا أعتقه فجوابه هو الفرق الذى ذكرناه ان العتق يحصل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما أيضا يرد فى الصورتين لانهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفى الصلح لم يجعلا كذلك بل أوجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ اذا أعتقه وقد قدمنا مسائل سراية الجرح فلا نعيدها والله أعلم قال رحمه الله ﴿جنى مأذون مديون خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولى الجناية﴾ لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الاولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين أيضا من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولى الجناية أولا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما اذا أتلفه أجنبى والمسئلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك فى رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كأنه ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتمليك القيمة لانها مالية العبد والغريم مقدم فى المالية على ولى الجناية لان الواجب أن يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هى المعنى فقدم اليه وفى الفصل الاول كان التعارض بين الحقين وهما متساويان فيضمنهما فيظهران وقيد بعدم العلم لانه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية فى النفس لاوليائه وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم موجب الارش والاصل أن العبد اذا جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع الى ولى الجناية والفداء فان اختار الدفع الى ولى الجناية دفع ثم يباع فى الدين فان فضل شئ فهو لولى الجناية لأنه بدل ملكه والا فلا شئ له وان بدأ بالدفع جمعا بين الحقين لأنه أمكن بيعه بعد الدفع ولو بدأ ببيعه فى الدين لا يمكن دفعه بالجناية لأنه لم يوجد فى يد المشترى جناية ولا يقال لا فائدة فى الدفع اذا كان يباع عليه لانا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لان ولى الجناية ثبت له حق الاستخلاص وللانسان اغراض فى العين فاذا كان الواجب هو الدفع فلو أن المولى دفعه الى ولى الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لانه فعل عين ما يفعله القاضى وفى القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه ولو دفعه الى أصحاب الدين صار مختارا للفداء كما لو باعه لانه ليس بواجب عليه بل الواجب عليه الدفع بالجناية أولا ولو أن القاضى باعه فى الدين ببينة قامت عليه ثم حضر ولى الجناية ولم يفضل من الثمن شئ سقط حقه لان القاضى لا تلزمه العهدة فيما فعل ولو فسخ البيع ودفع الى ولى الجناية لاحتيج الى بيعه ثانيا لما ذكرنا فلا فائدة فى الفسخ وقد قررنا هذه المسئلة بفروعها قال رحمه الله ﴿مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها فى الدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد له﴾ والفرق أن الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو وصف

لها حكمى فسرى الى الولد لان الصفات الشرعية الثابتة فى الاصل تسرى الى الفروع كالملك والرق والحرية وأما الدفع فى الجناية فواجب فى ذمة المولى لا فى ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع وقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق الجناية فكذلك لا يجرى القصاص على الاولاد ولا الحد لانهما فعلان محسوسان كالدفع ولا يبيعها فيه فان قيل اذا كان الدين عليهما فلماذا يضمن المولى اذا أعتقها والانسان اذا أتلف المديون لا يضمن شيأ قلنا وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب الدين على المولى ألا ترى أنه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار الوجوب عليه يضمن كل الدين كالعبد الجانى اذا أعتقه المولى بعد العلم بالجناية وهذا يتبع الغريم بالفاضل العبد المديون بعد العتق ولو كان على المولى لما أتبعه كالعبد الجانى ولا يرد علينا وجوب دفع الارش معها اذا جنى عليها قبل الدفع وأخذ المولى الارش لان الارش بدل جزئها وهو ولى الجناية متعلق بجميع أجزائها فاذا فات جزء منها وأخلف بدلا تعلق به حقه كما اذا قتلت وأخلفت بدلا اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد وقوله مأذونة ولدت شرط السراية الى الولد ان تكون الولادة بعد لحوق الدين لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكتساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده لان لها يدا معتبرة فى الكسب حتى لو نازعها فيه أحد كانت هى الخصم فيه فباعتبار اليد كانت هى أحق به من سيدها فقضاء دينها بخلاف الولد فانه انما يستحق بالسراية وذلك قبل الانفصال لا بعده كولد المكاتبة وولد أم الولد والمدبرة وكولد الاضحية لانها حقوق مستقرة فى الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعا عن التصرف واذا جنى العبد جناية ثم أذن له المولى فى التجارة فلحقه دين دفع بجنايته فان الدائن يتبعه فاذا بيع لهم رجع أولياء الجناية على المولى بقيمة العبد وكذلك لو أقر عليه بدين ثم دفعه بجنايته فى دينه ورجع أولياء الجناية بقيمته على المولى وذكر بعد هذا اذا وجب الدين على العبد ببينة ثم أقر المولى عليه بجنايته خطأ بيع العبد فى الدين ولم يلتفت الى الجناية وفيه أيضا رجل فى يده عبد لا يدرى أنه له أو لغيره ولم يدع صاحب اليد أنه له ولم يسمع من العبد اقرار أنه عبد صاحب اليد الا أنه يقر بانه عبد فجنى هذا العبد جناية وثبت ذلك بالبينة أو باقرار صاحب اليد ثم ان صاحب اليد أقر انه لرجل وصدقه المقر له بذلك وكذبه فى الجناية فان كانت الجناية ببينة قيل للمقر له ادفع أو افده وان كانت الجناية باقرار الذى كان العبد فى يده أخذ المقر له العبد وبطلت الجناية ولم يكن على المقر من الجناية شئ وقد قدمناها بغير هذه العبارة قال رحمه الله ﴿عبد زعم رجل ان سيده حرره وقتل وليه خطأ لا شئ له عليه﴾ معناه اذا كان العبد لرجل فزعم رجل ان مولاه أعتقه فقتل العبد خطأ ولى ذلك الرجل الذى زعم ان مولاه أعتقه وليه ٧ فلا شئ له لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقر أنه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية عليه وعلى العاقلة لانه حر فيصدق فى حق نفسه فيسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق فى دعواه الدية عليهم الا بحجة وقال فى النهاية وضع المسئلة فيما اذا جنى جناية ثم أقر المجنى عليه أنه حرره قبل الدفع وجعل فى الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان وكذا اذا أقر المجنى عليه بعد الدفع اليه أنه حر لانه ملكه بالدفع وقد أقر له بحريته فيعتق عليه باقراره وصار نظير من اشترى عبدا ثم أقر بتحريره مولاه قبل الدفع وفى الاصل جعل المسئلة على ثلاثة أوجه اما ان أقر ولى الجناية أن العبد حر الاصل أو أقر أنه حر أو أقر ان مولاه أعتقه فان أقر أنه حر الاصل فلا ضمان لولى الجناية لا على العبد ولا على المولى وكذلك الجواب اذا أقر أنه حر أو أقر ان مولاه أعتقه فاما اذا أقر انه أعتقه فان أقر به قبل الجناية فالجواب كالجواب فيما اذا أقر أنه حر الاصل وان أقر انه أعتقه بعد الجناية فقد أقر ببراءة العبد وادعى على المولى الفداء ان ادعى انه أعتقه وهو عالم بالجناية وان ادعى انه لم يكن عالما ادعى على المولى ضمان القيمة وأنكر المولى ما ادعى عليه من ضمان الفداء أو القيمة فيكون القول قول المولى مع يمينه وعلى ولى الجناية اقامة البينة وفى المسئلتين الاوليين لا يدعى على المولى ضمانا فلا يكون بين ولى الجناية و بين المولى خصومة ويكون العبد على حاله هذا اذا كان الاقرار من ولى الجناية قبل الدفع فاما اذا كان الاقرار من ولى الجناية و بين المولى خصومة ويكون المولى بعد الدفع اليه أقر أنه حر الاصل أو أقر أنه حر لم يكن له على المولى سبيل ولا على العبد الا ان العبد يعتق ولا يكون لاحد على العبد ولاء وان أقر انه كان أعتقه قبل الجناية فانه يحكم بحرية العبد لانه أقر بحريته والعبد فى ملكه ويكون ولاؤه موقوفا لانه لمولى العبد ومولى العبد يبرأ من ذلك وأقر بانه لولى الجناية فان زعم أنه أعتق من جهته فيكون ولاؤه موقوفا قال رحمه الله ﴿قال معتق لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال بعد العتق فالقول للعبد﴾ معناه اذا أعتق العبد ثم قال لرجل بعد

العتق قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما أنه أسند الى العتق حالة معهودة منافية للضمان اذا الكلام فيما اذا كان رقه معروفا والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبى أو بعت دارى وأنا صبى وقال طلقت امرأتى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا وقد اتفقوا على أصلين أحدهما ان الانتساب الى عادة معهودة منافية للضمان توجب سقوط المقر به والآخر ان من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فان قيل ان العبد قد ادعى تاريخا سابقا فى اقراره والمقر له منكر فينبغى أن يكون القول قوله وأجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد الوجوب كأن قال لها قطعت يدك لأصله وهنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل ان تخلق أو قبل ان أخلق قال رحمه الله ﴿وان قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت بعد العتق فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة﴾ وهذا عندهما وقال محمد لا يضمن الا شيأ قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطء والغلة وفى القائم أقر للضمان حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهى تنكر والقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد عليها ولهما أنه أقر بسبب ظاهر ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره أذهبت عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر لا بل أذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة كان القول قول المقر له وهذا اذا لم يسنده الى حالة منافية للضمان لانه لا يضمن يدها اذا قطعها وهى مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر واذا أخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان فى حقها أى فى حق الغلة والوطء وعلى هذا الخلاف لو قال رجل لرجل حربى أسلم أخذت مالك وأنت حربى فقال بل أخذته بعدما أسلمت وفى العناية ومثلها مسئلة الحربى وصورتها مسلم دخل دار الحرب بامان فاخذ مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا الينا فقال المسلم أخذت منك وأنت حربى وقال الحربى الذى أسلم أخذت منى وأنا مسلم فالقول للحربى على الخلاف المتقدم اه وعلى هذا الاختلاف اذا قال أخذت منك ألف درهم من كسبك وأنت عبدى وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق وعلى هذا الخلاف ما اذا أسلم الحربى أو صار ذميا فقال له رجل مسلم قطعت يدك وأنت حربى وأخذت كذا وكذا وأنت حربى فى دار الحرب وقال الحربى لا بل فعلت بعدما أسلمت أو قال بعدما صرت الى دار الاسلام فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف القول قول الحربى والمسلم ضامن وعلى قول محمد وزفر القول قول المسلم ولا ضمان عليه واذا أسلم الحربى فقال لرجل مسلم قطعت يدك وأنا حربى فى دار الحرب وقال المسلم فعلت ما فعلت وأنت فى دار الاسلام وذكر فى كتاب الاقرار من الاصل أنه على هذا الخلاف وأجمعوا على أنه اذا قال لجاريته بعدما اعتقها وطئتك قبل العتق وقالت الجارية لا بعد العتق أن القول قول المولى ولا ضمان عليه وأجمعوا على ان من أعتق عبد الله فقال العبد لرجل آخر قطعت يدك وأنا عبد وقال ذلك الرجل لا بل بعدما أعتقت ان القول قول المقر ولا ضمان عليه قال رحمه الله ﴿عبد محجور أمر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبى﴾ لان الصبى هو المباشر للقتل وعمده وخطؤه سواء تجب على عاقلته ولا شئ على العبد الامر وكذا الحكم اذا أمره بذلك صبى والاصل ان الامر بما لا يملكه الآمر اذا لم يعلم المأمور بفساد الامر صحيح فى حق الآمر والمأمور حتى يثبت للمأمور الرجوع عن الامر اذا لحقه غرم فى ذلك بيان ذلك أمر رجلا بان يذبح هذه الشاة وهى لجاره ولم يعلم المأمور بذلك فانه يصح الامر فى حقهما حتى اذا ضمن الذابح للجار قيمة الشاة يرجع بها على الآمر فان علم ان الشاة لغيره وهو حر بالغ لا يصح الامر حتى لا يرجع بما لحقه من مغرم لانه لم يصر عاملا للآمر وان كان المأمور صبيا يصح الامر سواء كان عالما بفساد الامر حتى لا يرجع بما لحقه من مغرم أو لا لنقصان عقل و يلحق به المجنون وأما مسئلتنا فالاصل أن الصبى مؤاخذ بضمان الافعال دون الاقوال فيما يتنوع الى صحيح وفاسد أما صحة فعله فلصدوره من أهله فى محله النوادر أمر صبيا بقتل دابة أو بخرق ثوب أو با كل طعام لغيره فالضمان على الصبى فى ماله و يرجع بذلك على الآمر ولو أمر الصبى بالغا ففعل لم يضمن الصبى ولو أمر الحر البالغ بذلك فالضمان على الفاعل وفى المحيط لو قال اقتل ابنى أو اقطع يده أو اقتل أخى فقتله اقتص من القاتل قياسا وتجب الدية استحسانا ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الآمر أبدا و يرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لا بنقصان أهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبى لانه قاصر الاهلية وفى شرح الزيادات لا ترجع العاقلة على العبد أيضا أبدا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لما كان على العبد الحجر وهذا أوفق للقواعد ألا ترى أن

العبد اذا أقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شئ لكونه أسنده الى حالة منافية للضمان على ما بينا قبل هذا ولهذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيها انسان فهلك لا يجب على العبد شئ وانما يوجب على المولى فيجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها ألف نفس فيقسموها بالحصص قال رحمه الله ﴿وكذا ان أمر عبدا﴾ معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور أيضا عبدا محجورا عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر فى الحال و يرجع بعد العتق بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر فى دفع الزيادة وعلى قياس ما ذكره العتابى لا يجب عليه شئ لما بيناه وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ على ما بينا وأما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من أهل العقوبة ولو أمر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبى لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الصبى لانه المتسبب اذ لولا أمره لما قتل لضعف فيه ولا يقال كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القتل فينبغى أن يكون كالاقرار لانا نقول هذا قول لا يحتمل الكذب وهو تسبب فيعلقه بخلاف الاقرار بالقتل لانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة ولو كان المأمور عبدا محجورا عليه كبيرا أو صغيرا يخير المولى بين الدفع والفداء وأيهما اختار يرجع بالاقل على الامر فى ماله لان الآمر صار غاصبا للعبد بالامر كما اذا استخدمه وضمان الغصب فى ماله لا على العاقلة وان كان المأمور حرا بالغا عاقلا فعلى عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الآمر بحال لان أمره لم يصح ولا يؤثر وهو أيضا بأمر مثله لا سيما فى الدم وان كان الآمر عبدا مأذونا له فى التجارة كبيرا كان أو صغيرا والمأمور عبدا محجورا عليه أو مأذونا يخير مولى المأمور بين الدفع والفداء وأيهما فعل يرجع على العبد المأذون له لان هذا ضمان غصب وانه من جنس ضمان التجارة لانه يؤدى الى تملك المضمون باداء الضمان والمأذون له يؤخذ بضمان التجارة بخلاف ما اذا كان المأمور حرا حيث لا ترجع عاقلة المأمور على الآمر فى الحال ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب فى الحر ولو كان المأمور صبيا حرا مأذونا له فى التجارة فحكمه حكم العبد المأذون له حتى يرجع عليه فيما اذا كان المأمور عبدا لتحقق الغصب فيه ويكون ذلك فى ماله دون العاقلة لانه ليس بضمان جناية وانما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه اذا كان المأمور حرا لعدم تصور الغصب فيه فصار الصبى الآمر فى حقه كالصبى المحجور ولو كان الآمر مكاتبا صغيرا كان أو كبيرا والمأمور صبى حر تجب الدية على عاقلة الصبى وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدين لان هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فان حكم جنايته على المولى فيجب عليه ان أمكن والا سقط على ما بيناه وان عجز المكاتب بعد ما قضى القاضى عليه بالقيمة تباع رقبته الا ان يفدى المولى بديتهم والقياس ان يبطل حكم جنايته وهو قول أبى حنيفة لانه بالعجز صار قنا وأمره لا يصلح وهما يقولان لما قضى عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لان حكم جنايته انما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد وان عجز بعد ما أدى كل القيمة لا يبطل وان كان المأمور عبدا يخير مولاه بين الدفع أو الفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور الا اذا كانت قيمته أكثر من الدية فتنقص عشرة دراهم بقى اشكال وهو ان يقال ان هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف ينقص عشرة دراهم كضمان الجناية فجوابه هذا الغصب ٧ لكن يحصل بسبب الجناية فاعتبر بها فى حق التقدير وان عجز المكاتب فولى المأمور يطالب مولى المكاتب ببيعه لان ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وان أعتق المولى المكاتب فالمأمور بالخيار ان شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق و بالفضل على المعتق لانه ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وان شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق الى تمام قيمة المأمور وان كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لانه تعذر أن يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل ان كان مأمورا قيد بقوله عجز لانه لو جنى قبل العجز لا يباع بل يخير المولى قال فى المحيط مكاتب جنى جنايات او واحدة كان على المولى الاقل من قيمته ومن ارش الجنايات لان المكاتب مملوك رقبة حر يدا مطلقا وتصرفا فباعتبار انه مملوك رقبة تكون جنايته على المولى و باعتبار انه حر يدا وكسبا يجب ان يكون موجب جنايته عليه على أن اكسابه حق له وقد تعذر دفعه بموجب الجناية فيجب عليه الاقل من القيمة ومن الارش وان تكررت الجنايات قبل القضاء لزمه قيمة واحدة ولو جنى فقضى عليه ثم جنى أخرى يقضى عليه بقيمة أخرى خلافا لابى يوسف ولو قتل رجلا ولم يقض عليه حتى عجز وعليه دين دفع بالجناية ثم يباع فى الدين وان فداه يبيع بالدين ولو مات عن مال قضى فى ماله بالجناية ثم بالكتابة ثم بالارث لانه مات عن وفاء فلا تنفسخ الكتابة

وان

وان كان عليه دين وجناية فقضى عليه بالجناية فالدين والجناية سواء لان الجناية صارت دينا بالقضاء وان لم يقض بالجناية فحكم ماتقدم مكاتبة جنت ثم ولدت ولم يقض دفعت وحدها ولو قضى عليها ثم ولدت بيعت فان وفى ثمنها بالجناية والا بيع ولدها لان الولد المولود فى الكتابة حكمه حكم أمه ولو كاتب نصف أمته ٧ فجنى أحدهما على صاحبه لزم الجانى الاقل من قيمته ومن نصف الجناية وجناية عبد المكاتب كجناية عبد الحر ولو جنى المكاتب على مولاه أو على عبد مولاه أو على ابن مولاه كانت الجناية عليهم كالجناية على غيرهم لان جناية المكاتب عليهما معتبرة واذا كان مكاتب بين اثنين يعتبر كل نصف منه على حدة فى الاحكام المتقدمة بناء على ان الكتابة تتجزأ ولو كانت أمة مشتركة فكاتبها أحدهما بغير اذن شريكه فولدت وكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد على الام أو الام عليه لزم كل واحد منهما ثلاثة أرباع قيمة المقتول عند الامام ولو أقر المكاتب بالجناية المبسوط أصله ان المكاتب فى حق جناية توجب المال بمنزلة الحر لانه استيجاب المال على نفسه والمكاتب من أهل استيجاب المال على نفسه بخلاف العبد لو أقر بجناية توجب المال لا يصح لان موجبها يجب على مولاه فجعل مقرا على مولاه فلم يصح واذا أقر المكاتب بجناية عمدا أو خطا لزمه لانه فى حق الجناية ملحق بالحر ولو قضى عليه بجناية خطا ثم عجز هدر موجبه عند أبى حنيفة وعندهما يؤخذ و يباع فيها بناء على ان المكاتب لو أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به ولو عجز عنده وصار دينا عليه أولا وعندهما يؤخذ به اذا صار دينا عليه بالقضاء ولو أعتق ضمن قضى بها أولا وكذلك لو صالح ولى العمد وقد أقر به ثم عجز هدرت عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يباع فيه لان القصاص بعد الصلح صار موجبا للمال وأصل الجناية ثبت باقراره ومن أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به بعد العجز عند أبى حنيفة وعندهما يؤاخذ به اذا صار دينا عليه بالصلح ولو أقر الولد على أمه بجناية لم يثبت فان ماتت الام لزمه الاقل من الدين والكتابة لان الفاضل من الدين الموروث يكون له فبقدر الفضل من دينه جعل مقرا على نفسه وصار كالحر اذا أقر على مورثه بدين ثم مات المورث وعليه دين صح الاقرار بالفاضل من دينه فكذا هذا واذا عجز بعد ذلك لم يلزمه لانه صار قنا وان كان أدى ثم عجز لا يسترد من المقر له لان اقراره بذلك قد صح ولو أقرت الام على ابنها بجناية ثم قتل الابن خطا وأخذت قيمته قضى بما أقرت فى القيمة لان بدل الولد يكون للام ككسبه فصارت مقرة على نفسها وكذلك لو أقرت على ابنها بدين وفى يده مال ولا دين عليه جاز اقرارها بالدين فى كسبه لان كسب ولدها لها فصارت مقرة على نفسها عبد بين رجلين فقأ العبد عين أحدهما ثم جرحه ثم كاتب المفقوأة عينه نصيبه منه ثم جرحه جرحا آخر فمات منها سعى المكاتب فى الاقل من نصف القيمة وربع الدية وعلى المولى الذى لم يكاتب نصف قيمة العبد لورثة المقتول لانه قتل بجنايتين لانه جنى عليه قبل الكتابة و بعدها فما تلف بالجناية قبل الكتابة وهو الربع هدر لانه جناية عبد على مولاه وما تلف بالجناية بعد الكتابة وهو الربع معتبر لانه جناية مكاتب على مولاه فيضمن المكاتب الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لانه لما هدرت بالجناية قبل الكتابة صار كانه جنى نصف المكاتب على ربع مولاه لا غير وأما نصف الساكت فلانه قتل الحر بجنايتين لانه جنى عليه قبل الكتابة و بعدها فما تلف بالجناية قبل الكتابة وهو الربع هدر لانه جناية عبد الغير على أجنبى فضمن الساكت نصف القيمة مالم يصل اليه نصيبه بضمان أو سعاية لان قيمة نصيبه بالكتابة وجبت على المكاتب حال حياته فما لم يصل اليه حقه من تركته لا يلزمه أيضا نصف القيمة عبد بين رجلين فجنى على أحدهما ثم باع الآخر نصف نصيبه من المجنى عليه وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه بجناية أخرى ثم ان الذى باع نصفه اشترى الربع وكاتب المجنى عليه نصيبه منه ثم جنى عليه ثلاث جنايات ثم أدى الكتابة فعتق ثم مات المولى من الجنايات فعلى المكاتب بجنايته وهو مكاتب الاقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع سدس الدية لان نصف المكاتب قتل نصف الحر بثلاث جنايات جنايتان قبل الكتابة وهما مهدرتان لانهما جناية عبد على مولاه وجناية بعد الكتابة وهى معتبرة لانها جناية المكاتب على مولاه فالمهدرتان صارتا كجناية واحدة لان حكمهما واحد فبقيت جنايتان أحدهما مهدرة والاخرى معتبرة فيضمن المكاتب ربع الدية وأما نصف الساكت فربعه المبيع قتل ربع الحر بثلاث جنايات جناية قبل البيع وهى معتبرة لانها جناية مملوك على مولاه وجناية بعد الكتابة وهى معتبرة لانها جناية مملوك على أجنبى فسهمان من هذا الربع مضمون وسهم مهدر وصار كل ربع على ثلاثة أسهم والكل على اثنى عشر والربع الذى لم يبعه قتل ربع الحر بثلاث جنايات جناية قبل البيع وقد تلف بها سهم من الحر وقد صار المولى مختارا لذلك السهم من الدية بالبيع وجناية بعد البيع وجناية بعد الكتابة وهما معتبرتان لانهما جناية مملوك على أجنبى فهاتان الجنايتان حكمهما واحد فيعتبران كجناية

٧ هكذا بالنسخ ولعل صوابه عبد به فليتأمل اه مصححه

واحدة فصار كان هذا الربع جنى جنايتين فصار المولى مختار السهمين ونصف من النصف الذى لاسا كت فيكون سدسا وربع سدس من اثنى عشر ولم يصر مختار السهمين ونصف سهم ونصف من الربع وسهمان من الربع الذى باعه وهو هدر نصف سدس الدية وذلك سهم من اثنى عشر ولو قطع يد رجل ثم باعه أحدهما من صاحبه وهو يعلم ثم اشتراه فقطع يد آخر وفقاء عين الاول فما تاقيل للمشترى ادفع نصفك اليهما نصفين أوافده بعشرة آلاف بينهما وقيل للبائع افد الاول بربع الدية أوادفع نصفك اليهما أثلاثا ثلثه للاول وثلثه للثانى أوافده من الاول بربع الدية ومن الثانى بنصف لان النصف الذى لم يبع قتل نصف كل واحد منهما الان نصف أحدهما بجنايتين والاخرى بجناية واحدة وكلاهما معتبرتان فيخاطب بالدفع أو الفداء والنصف الذى باع قتل نصف كل واحد منهما الان نصف أحدهما بجنايتين بجناية قبل البيع وهى القطع وقد صار مختارا للبيع الذى تلف بهذه الجناية بالبيع فعليه ربع الدية وبجناية بعد البيع وهى الفقء ولم يصر مختارا لما تلف بهذه الجناية فتيقن فى نصيبه ربع دية أحدهما ونصف دية الآخر فيدفع نصيبه اليهما أثلاثا أو الفداء كذا فى المحيط قال رحمه الله ﴿عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه الى الآخرين أو فداه بالدية﴾ أى للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى الذى لم يعف من وليي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب أن ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا ودفع العبد غير ان نصيب العافين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية كل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما كذا ذكر الشارح قال فى المحيط عبدان التقيا ومع كل واحد عصا فاضطربا وبرئا دفع مولى كل واحد بالآخر ولا يرجعان بشئ سوى ذلك لان كل واحد منهما ملك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع لانه لو رجع أحدهما لرجع الآخر لان حق كل واحد منهما ثبت فى رقبة كاملة فما يأخذ أحدهما من صاحبه فذاك بدل آخر وتعلق به حقه فلا يفيد الرجوع وان اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لانهما لما اضطربا معا فقد جنى كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من المولين بعبد صحيح فيجب بدل عبد صحيح وان سبق أحدهما بالضربة خير مولى البادئ لان البداية من مولى اللاحق لا تفيد لان حق اللاحق فى عبد صحيح كامل الرقبة فاذا دفع الى البادئ عبده مشجوجا كان للاحق أن يسترده منه فكان دفعه مفيدا فان دفعه فالعبد للمدفوع اليه ولا شئ للدافع لانه لو رجع البادئ بشئ كان للمدفوع اليه أن يرجع عليه ثانيا لان حقه فى رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ وان فداه خير مولى اللاحق بين الدفع والفداء لانه برئ عبد البادئ عن الجناية بالفداء وصار كانه لم يجن وان جنى عليه العبد اللاحق فان مات البادئ كانت قيمته فى عنق الثانى يدفع بها أو يفدى فان فداه بقيمة الميت يرجع فى تلك القيمة بارش جراحة عبد وصار كانه لم يجن وانما جنى عليه البادئ والبادئ ان مات فالقيمة قائمة مقامه لانه حى قائم وان دفعه رجع بارش شجة عبده فى عنقه ويخير المدفوع اليه بين الدفع والفداء لان المدفوع قام مقام الميت الشاج وان مات العبد القاتل خير مولى العبد البادئ فان فداه أو دفع بطل حقه فى شجته لانه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق مشجوجا فثبت حق مولى البادئ فى شجة عبده ولو مات البادئ من شئ آخر سوى الجناية وبقى اللاحق خير المولى ويقال له اذا شئت ادفع واعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منهما على الآخر وان شئت ادفع ارش شجة اللاحق وطالبه فان دفع الى صاحبه ارش عبده يرجع بارش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده أو يفديه أما العفو فلانه مولى البادئ بجنايته واذا دفع كان لمولى اللاحق أن يطالبه بارش شجة عبده وكان لمولى البادئ أن يدفع اليه العبد المدفوع ثانيا ليبرأ عن حقه فلا يفيد الدفع وانما دفع ارش شجة اللاحق لانه متى دفع أرش عبد اللاحق فقد طهر البادئ عن الجناية وصار كانه لم يجن وانما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع أو الفداء وأى ذلك اختار لا يبق لواحد منهما على صاحبه سبيل لانه وصل الى كل واحد منهما حقه وان أبى مولى البادئ أن يدفع الارش فلا تعلق له فى عنق الحر لان مولى البادئ كان مخيرا بين العفو وبين دفع الارش والمطالبة بشجة عبده فاذا امتنع من دفع الارش صار مختار العفو وصار كانه قال عفوتك عن حقى فبطل حقه ولو مات اللاحق وبقى البادئ خير مولاه فان دفعه بطل حقه وان فداه بارش فداه عبده فى الفداء لان البادئ طهر عن الجناية فلا يكون لمولى اللاحق أن يسترجع منه الارش ثانيا فاما الدفع لم يطهر عن الجناية فبقى حق مولى اللاحق متعلقا بما فات بالشجة من العبد البادئ والعبد المدفوع بدله فيتعلق حقه ببدله فلو رجع مولى البادئ بارش شجته كان لمولى اللاحق أن يسترجع منه

لان حقه كان متعلقا بالفائت من الفائت البادئ فلا يفيد الرجوع ولو برئا ثم قتل البادئ اللاحق جريحا كان فى عنق البادئ أرش اللاحق وقيمته ويخير بين دفعه وفدائه فان دفعه فلا شئ له لما بينا وان فداه فداه بارش الشجة وقيمة المقتول لان البادئ شج اللاحق ثم قتله مشجوجا فيلزمه أرش الشجة وقيمته مشجوجا متى اختار الفداء ويسلم أرش شجة المقتول لمولاه خاصة ويكون أرش شجة الحى فى هذه القيمة يأخذ مولاه منها وما بقى لمولى المقتول لان حق مولى البادئ انما يثبت فى حق اللاحق وهو مشجوج لانه حين جنى على البادئ وهو مشجوج فيأخذ من قيمته مشجوجا أرش شجة البادئ فان فضل منه شئ يكون لمولى اللاحق لانه بدل عبده وقد فرغ عن حق الغير ولو قتل البادئ اللاحق فان لم يطلب ولى المقتول الجناية لم يكن لاحدهما على صاحبه شئ لان مولى المقتول يخير بين العفو والفداء بارش الشجة الثانية وان طلب الجناية بدأ عنه بارش الحى ثم خير مولى الحى بين ان يدفع عبده أو يفديه بقيمة المقتول ويسلم ذلك لولى المقتول لان العبد اللاحق قبل البادئ مشجوج فيخير مولاه بين دفعه وفدائه بقيمته مشجوجا وأى ذلك فعل لا يبقى لاحدهما على صاحبه سبيل لانه وصل الى كل واحد منهما حقه ولو قتل أحدهما صاحبه بعدما برئا ولا يعلم البادئ بالشجة خير مولى القاتل لانه تعذرت البداءة بالبادئ للجهالة ولو تعذرت البداءة بسبب موت البادئ تعذر القتل فكذا هذا فان دفع عبده كان له نصف أرش شجة المقتول وعلى قيمته مشجوجا فيأخذ الذى دفعه من حصته قيمته مشجوجا من العبد المدفوع أو يفديه لان القاتل بالدفع قام مقام المقتول لحما ودما فصار كان المقتول بقى حيا لمولاه يرجع بنصف أرش شجة عبده متى اختار الدفع فكذا اذا دفع بدله وان اختار مولى القاتل فداه بقيمة المقتول صحيحا لان القاتل هو البادئ بالشجة شج عبدا صحيحا ثم قتله فعليه قيمة عبد صحيح وان كان القاتل هو اللاحق فقد شج البادئ وهو صحيح ثم قتله كان على المولى القاتل ان يفدى عبده بقيمة المقتول صحيحا ويرجع بارش الشجة فى الفداء بعدما يدفع الى مولى العبد المقتول نصف أرش شجته لان القيمة قامت مقام المقتول ولو كان المقتول حيا وقد شج كل واحد منهما صاحبه ولا يعلم البادئ منهما يرجع كل واحد منهما فيما دفع الى صاحبه بنصف أرش شجة عبده والمدفوع اليه يتخير بين الفداء وبين ما يخص نصف أرش الشجة من العبد المدفوع اليه فكذا تركته قال رحمه الله ﴿وان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد ولي العمد فدى بالدية لولي الخطا وبنصفها الاحد ولي العمد﴾ لان حقهما فى الدية عشر آلاف وحق ولي العمد فى القصاص فان عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف فاذا فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف لولى الخطا وخمسة آلاف لغير العافى من ولي العمد وان دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه للساكت من ولي العمد بطريق العمد لان حقهم فى الدية كذلك فيضرب وليا الخطا بعشرة آلاف ويضرب غير العافى من ولي العمد بخمسة آلاف وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يدفعه أرباعا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لولي الخطا وربعه لغير العافى من ولي العمد لان نصفه سلم لولي الخطا بلا منازعة فاستوت منازعتهم فى النصف الآخر فيتنصف فان قيل ينبغى أن يسلم للمولى ربع العبد فى هذه المسئلة وهى نصيب العافى من ولي العمد ويدفع ثلاثة أرباعه اليهم تقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف وهو نصيب العافين قلنا لا يمكن ذلك هنا لان لولي الخطا استحقاق كله ولم يسقط من حقهما شئ وهذا لان حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة فى المسئلتين غير أنه لما عفا ولى كل قتيل سقط حق العافين على الرقبة فى المسئلة الاولى وخلى نصيبهما منه عن حقهما وصار ذلك للمولى وهو النصف بخلاف ما نحن فيه فان حق ولي الخطا ثابت فى الكل على حاله وكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافى من ولي العمد فلهذا افترقا فيقسمونها كلها على قدر حقوقهم بطريق العول والمنازعة ولهذه المسئلة نظائر ذكرناها فى كتاب الدعوى من هذا الكتاب باصولها الذى نشأ منها الخلاف بتوفيق الله تعالى فلا نعيدها ولم يتعرض المؤلف لما اذا جنى القن على الغاصب ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة قال فى الجامع الصغير غصب عبدا فقتل عند الغاصب عمدا رجلا ثم رده الى مولاه فقتل عنده رجلا آخر خطأ واختار المولى دفعه بالجنايتين فانه يكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعه الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع به على الغاصب فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد وزفر لا يرجع ذلك الى ولى الجناية الاولى ولو كان العبد جنى عند المولى أولا ثم عند الغاصب ثم رد الغاصب العبد على المولى ودفعه المولى بالجنايتين جميعا رجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعها الى ولى القتيل ولا يرجع بذلك مرة أخرى على الغاصب فى قولهم جميعا أما دفعها الى ولى

القتيلين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعها الى ولى القتيل وكذلك لو كان مكان العبد مدبر كان الجواب فيه كالجواب فى العبد من الوفاق والخلاف وصورته رجل غصب مدبر رجل وقد كان المدبر قتل قتيلا خطأ عند المولى فقتل قتيلا آخر عند الغاصب فرد الغاصب المدبر على المولى فعلى المولى قيمة المدبر بين ولى القتيلين نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة المدبر ولا يرجع بجميع قيمة المدبر فاذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فان لولى القتيل الاول أن يأخذ ذلك من المولى عندهم جميعا ولو كان جنى أولا عند الغاصب وجنى ثانيا عند المولى وحضر المولى قيمته و رجع على الغاصب بنصف قيمته هل يسلم ذلك للمولى فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول لا يسلم وعلى قول زفر يسلم قال فى الاصل واذا غصب الرجل عبدا من رجل فقتل عنده قتيلا خطأ ثم اجتمع المولى وأولياء القتيل فان العبد يرد على مولاه واذا رد عليه العبد يقال له جنى وهو بمحل الدفع فتخير فان دفع أوفداه رجع على الغاصب بالاقل من قيمة العبد ومن الارش وان كان زاد عند الغاصب زيادة متصلة واختار الدفع فانه يدفع العبد مع الزيادة سواء حدثت الزيادة قبل الجناية أو بعدها ثم لا يرجع المولى على الغاصب بقيمة الزيادة وان استحقت الزيادة بسبب أحدثه العبد عند الغاصب ولو هلكت الزيادة من حيث القيمة لا يضمنها الغاصب هذا اذا زاد العبد فى يد الغاصب فان أعور العبد فى يد الغاصب وقد جنى عنده جناية فهو على وجهين أما ان اعور بعد الجنايتين أو قبل فان اعور بعد الجناية وقد اختار المولى الدفع فانه يدفعها الى ولى الجناية ثم يرجع المولى على الغاصب ثانيا بنصف قيمة العبد صحيحا حين جنى وكل له قيمة العبد وان اعور قبل الجناية واختار المولى الدفع فانه يدفع العبد أعور ثم يرجع بقيمة العبد صحيحا على الغاصب فاذا أخذ ذلك سلم له ولم يكن لولى الجناية أن يأخذ منه شيأ من العبد المغصوب اذا جنى على مولاه جناية موجبة للمال بان قتله خطأ أو جنى على رقيقه خطأ أو على ماله بان أتلف شيأ من ملكه قال أبو حنيفة انه تعتبر جنايته حتى يضمن الغاصب قيمة العبد المغصوب لمولاه الا أن يكون الارش أو قيمة العبد المتلف أقل من قيمة العبد المغصوب وقال أبو يوسف ومحمد بان جناية المغصوب على مولاه وعلى رقيقه وعلى ماله هدر فاما العبد المرهون اذا جنى على الراهن أو على ماله هل تعتبر جنايته قالوا ذكر هذه المسئلة فى كتاب الرهن وقال تهدر جنايته ولم يذكر فيه خلافا الا ان المشايخ قالوا ما ذكر فى كتاب الرهن انه يهدر على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فاما على قول أبى حنيفة تعتبر على الراهن بقدر الدين كما تعتبر جناية المغصوب هنا على الغاصب وعلى رقيقه هذا اذا جنى المغصوب على مولاه أو على مال مولاه فاما اذا جنى على الغاصب أو على رقيق الغاصب جنايته موجبة للمال قال أبو حنيفة انه لا يعتبر فيكون هدرا حتى لا يخاطب مولى العبد بالدفع أو الفداء وكذلك على هذا الاختلاف للعبد المرهون اذا جنى جناية على المرتهن أو على ماله فعلى قول أبى حنيفة لا تعتبر الجناية بقدر الدين وقال أبو يوسف ومحمد بان يعتبر الحر والعبد ان اذا تضاربا وتشاحا وفى المبسوط حر جنى على عبد وجنى العبد على رجل آخر وعلى الجانى فاختار مولاه الدفع ثم اختلفا فقال المولى جنى على عبدى أولا فارشه لى ودية المدفوع اليه فالقول للمولى مع يمينه لان الحر المجنى عليه لما ادعى ان البادئ بالجناية هو العبد فقد ادعى على المولى شيئين العبد وأرش العبد مع اختيار دفع العبد اليه لانه ادعى أن حقه ثبت فى عبد صحيح اليدين لان العبد لما بدأ بقطع يد الحر كانت يداه صحيحة فاذا تعلق حقه بيد العبد تعلق ببدلها أيضا والمولى أقر له بالعبد وأنكر الارش فيكون القول له فصار كما لو تصادقا على أن البادئ فى الجناية هو الحر لان الثابت بقول من جعل له شرعا كالثابت بالتصادق ومتى تصادقا ان البادئ بالجناية هو الحر يضمن نصف قيمة العبد والمولى يخير بين الدفع والفداء وله ان يدفع العبد دون الارش لان حق المجنى عليه تعلق بعبد مقطوع اليد فاما مقطوع اليد فلا يتعلق ببدلها وهو الارش وان تصادقا انهما لا يعلمان البادئ منهما بالجناية ضمن الحر الجانى قيمة العبد والمولى ان اختار الدفع يدفع العبد ونصف أرش يده لان كل واحد منهما يجوز ان يكون بادئا بالجناية ويجوز أن يكون لاحقا فان كان الحر هو البادئ فليس على المولى الا دفع العبد وان كان العبد هو البادئ فعلى المولى دفع العبد مع أرش يده فللحر أرش اليد فى حالة وليس له ذلك فى حالة فيجب ان يصرف الارش حر وعبد التقيا ومع كل واحد منهما عصا واضطربا فشج كل واحد صاحبه ثم اختلف مولى العبد والحر فى البداءة فالقول للمولى ان الحر بدأ وعليه أرش جنايته على العبد للمولى ثم يدفع العبد بجنايته أو يفديه لان الحر أقر بارش يد بالجناية لانه ادعى الابراء متى اختار المولى دفع العبد اليه وأنكر المولى فيكون القول له ولو كان مع العبد سيف ومع الحر عصا فات العبد و برأ الحر واختلفا كان القول للمولى وقيمة العبد على عاقلة الحر يسلم المولى

من مقدار مانقصه الحر من قيمته الى يوم ضرب العبد الحر والباقى قيمة أرش جنايته على الحر فان فضل شئ فهو للمولى لان الحر قتل بعصا فيكون قتيل خطا العمد فيجب قيمته على عاقلة الحر والقيمة قامت مقام العبد كأن العبد حى فيأخذ المولى قدر ما انتقص بجناية الحر ويأخذ الحر من الباقى أرش جراحته فان فضل شئ منه فهو للمولى لانه بدل عبده وقد فرغ العبد عن حق الغير وان انتقص الباقى لا يكون على المولى شئ كما لو دفع العبد وقيمته أقل من أرش الجراحة ولو كان السيف مع الحر ومع العبد عصا فمات العبد وبرأ الحر ولا يدرى أيهما بدأ بالجناية فللمولى أن يقتل الحر ويبطل حق الحر لان الحر قتل بالسيف عمدا فوجب القود فقد مات العبد ولم يخلف بدلا فيبطل حق الحر وكذلك لو كان العبد هو الذى بدأ بالجناية لانه لا يتصور تملك العبد بسبب بعد ما مات ولو كان مع كل واحد منهما عصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة وبرئا واتفقوا أنهم لا يعلمون البادئ من هو خير المولى فان دفع العبد يرجع على الحر بنصف أرش عبده لان الحر ان كان هو البادئ بالجناية يجب عليه جميع أرش عبده وان كان اللاحق فهو لا يجب عليه شئ فيجب نصفه وان شاء فداه بجميع أرش الحر ورجع على الحر بجميع أرش عبده لانه لا يجب على الحر جميع أرش العبد تقدمت جنايته أو تأخرت فان كانا سواء اتفقا وان كان أحدهما أقل فالاقل بمثله يصير قصاصا ويرد الفضل على صاحبه قال رحمه الله ﴿عبد هما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل﴾ معناه ان كان عبد بين رجلين فقتل قريبا لهما كأمهما أو أخيهما فعفا أحدهما بطل الجميع ولا يستحق غير العافى منهما شيأ من العبد غير نصيبه الذى كان له من قبل وكذا اذا كان العبد لقريب لهما أولمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل هذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يدفع الذى عفا نصف نصيبه الى الآخر ان شاء وان شاء فداه بربع الدية لان حق القصاص ثبت لهما فى العبد على الشيوع لان الملك لا ينافى استحقاق القصاص عليه للمولى فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع فى كل العبد فيكون نصفه فى نصيبه ونصفه فى نصيب صاحبه فما أصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما أصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية ولابى حنيفة ان ما يجب من المال يكون حق المولى لانه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالا فلا تخلفه الورثة فيه ولان القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطا وفيه لا يجب شئ فكذا ما هو فى معنى ذلك وفى الكافى ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أولم يقض فعلى قاطع اليد الدية عند أبى حنيفة وقالا لا شئ عليه وكذا اذا عفا ثم سرى لا يضمن شيأ والقطع السارى أفحش من المقتصر وصار كما لو كان له قصاص فى اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فانه لا يضمن أرش الاصابع والاصابع والكف كاطراف النفس ولو قطع وما عفا ثم برأ فهو على الخلاف فى الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو على استيفاء فقتل لا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف فى الصحيح شج رجلا موضحة عمدا فعفا عنها وما يحدث منها ثم شجه شجة أخرى عمدا فلم يعف عنها فعلى الجانى الدية كاملة فى ثلاث سنين اذا مات منها جميعا من قبل انه عفا عن الاولى بطل عنه القصاص وصارت الثانية مالا وصارت الاولى أيضا مالا ولم يجز له العفو لانه لا وصية له وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف فى مثل هذه الصورة ان على الجانى الدية رجل قتل عمدا وقضى لوليه بالقصاص على القاتل فامر الولى رجلا بقتله ثم انه طلب من الولى ان يعفو عن القاتل فعفا عنه فقتله المأمور وهو لا يعلم بالعفو قال عليه الدية ويرجع بذلك على الآمر امرأة قتلت رجلا خطأ فتزوجها ولى المقتول على الدية التى وجبت على العاقلة فذلك جائز والعاقلة برآء فان طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية رجل شج رجلا موضحة عمدا ومات من الموضحتين فعلى الآخر القصاص ولا شئ على الاول وكذلك لو كان الصلح مع الاول بعد ما شجه الآخر قال أبو الفضل فقد استحسن فى موضع آخر من هذا الكتاب انه له القصاص على الآخر اذا كان شجه بعد صلح الاول رجل شج رجلا موضحة عمدا وصالحه عنها وما يحدث منها على عشرة آلاف درهم وقبضها ثم شجه آخر خطأ ومات منها فعلى الثانى خمسة آلاف درهم على عاقلته ويرجع الاول فى مال المقتول بخمسة آلاف درهم على عاقلته وان كانت الشجتان عمدا جاز اعطاء الاول وقتل الآخر والله أعلم

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع فى بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية كذا فى العناية وهو حق الاداء وقال فى النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا أقول فيه بحث لانه ان أريد ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول

قبل وجود ذات الفاعل بمدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجنى عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجانى عشرين سنة أو أقل وان أريد فاعلية الفاعل قبل معقولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع لان الفاعلية والمفعولية يوجدان معا فى آن واحد وهو ان تعلق الفعل المتعدى بالمفعول بوقوعه عليه وقبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك بوقوعه عليه ليس خافيا على العارف الفطن بالقواعد والله أعلم قال رحمه الله ﴿عبد قتل خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو أكثر وفى الامة عشرة من خمسة آلاف وفى المغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت﴾ وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى فى القن تجب قيمته بالغة ما بلغت وفى الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لما روى عن عمر وعلى وابن عمر رضى الله عنهم انهم أوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت لان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك الا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو فى حق الدم مبقى على أصل الحرية فعلم انه بدل المالية ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى عقد البيع وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا فى حال قيامه أو هلاكه فصار كسائر الاموال وكقليل القيمة والغصب ولان ضمان المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف الاصل قال القدورى فى كتابه التقريب قال أبو يوسف اذا قتل المبيع فى يد البائع فاختار المشترى اجازة البيع كان له القصاص وكذا ان اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص وهذا حفظى عن أبى حنيفة وقال أبو يوسف ليس للبائع القصاص وروى ابن زياد عنه لا قصاص للمشترى أيضا ولابى حنيفة قوله تعالى ودية مسلمة أوجبها مطلقا من غير فصل بين أن يكون حرا أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمى فيدخل تحت النص وهذا لان المذكور فى الآية حكمان الدية والكفارة والعبد داخل فيها فى حق الكفارة بالاجماع لكونه آدميا فكذا فى الدية لانه آدمى ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع ويكون مكافا ولولا انه آدمى لما وجب القصاص وكان كسائر الاموال ولانه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار أعلاهما وهى الآدمية عند تعذر الجمع بينهما باهدار الادنى وهى المالية لان الآدمية أسبق والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ما هو الاصل أولى ألا ترى ان القصاص يجب بقتله عمدا بهذا الاعتبار والمتلف فى حالة العمد والخطا واحد فاذا اعتبر فى احدى حالتى القتل آدميا وجب أن يعتبر فى الحالة الاخرى كذلك اذ الشئ الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة تلافه وهذا أولى من العكس لان فى العكس اهدار آدميته والحاقه بالبهائم والجماد وما روياه من الاثر معارض باثر ابن مسعود وهو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لانه لا تعارض لها اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد لا يعتمد المالية وانما يعتمد الفائدة ألا ترى انه يبقى بعد قتله عمدا أيضا وان لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المالية وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان فيه قول ابن مسعود لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاثر فى المقدرات كالخبر اذ لا يعرف الا سماعا ولان آدميته أنقص ويكون بدلها أقل كالمرأة والجنين ألا ترى انه لما كان أنقص نصفت النعم والعقوبات فى حقه اظهارا لانحطاط رتبته فكذا فى هذا وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يجب فى الامة خمسة آلاف درهم الا خمسة لان دية الانثى نصف الذكر فيكون الناقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كما فى الاطراف والأول أظهر لان أقل ماله خطر فى الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف الاطراف لانه بعض الدية فينقص من كل جزء بحسابه ولو نقص من كل جزء عشرة لما وجب أصلا ولم يتعرض المؤلف لمسائل الضرب ونحن نذكرها تكميلا للفائدة قال فى الجامع مسائل الضرب على ثلاثة فصول أحدها فى ضرب المولى عبده والثانى فى أمر أحد الشريكين بضرب العبد المشترك والثالث فى ضرب الشريك أو أجنبى أصله العبرة فى الجنايات لتعدد الجناية لا لتعدد الجانى لان النفس تبرأ من جراحات كثيرة وتموت من جراحات قليلة ولهذا سقط اعتبار طولها وعرضها وعمقها أمر رجلا أن يضرب عبده سوطين فضربه ثلاثة وضربه المولى سوطا ثم ضربه أجنبى سوطا ثم مات من ذلك كله فعلى عاقلة المأمور بالسوطين ارش السوط الثالث مضروبا وهو سدس قيمته مضروبا أربعة أسواط وعلى عاقلة الاجنبى ارش السوط الخامس مضروبا بأربعة أسواط وهو ثلث قيمته مضروبا بأربعة أسواط ويبطل ما سوى ذلك لان المأمور ضربه ثلاثة أسواط اثنان منها هدر مع السراية للاذن والثالث معتبر لانه ضرب بغير اذن فيضمن أرشه مضمونا بهما والرابع هدر لان جناية المولى على مملوكه هدر والخامس معتبر فيضمن الاجنبى ارشه منقوصا بأربعة

اسواط

أسواط واذامات العبد من هذه فقدمات من خمس جنايات فانقسم تلف التالف على الجنايات فيقسم عليها لان العبرة لعدد الجانى لا لعدد الجنايات فانقسم عليهما أثلاثا ثلث على الاجنبى وثلثاه تلف بجناية المأمور الاول فانقسم هذا الثلث نصفين نصفه هدر ونصفه معتبر والأصل الثانى ان الجناية على المماليك متى أتلفت نفسا أو عضوا أو أفضى الى الموت فتحمله العاقلة لانه ضمان دم وضمان الدم تتحمله العاقلة وان اقتصرت على مادون النفس يجب ضمانه فى مال الجانى عبد بين رجلين قال أحدهما اضرب به سوطا فان زدت فهو حر فضربه ثلاثة فمات من ذلك كله فعلى الضارب نصف ارش السوطين منقوصا سوطا فى ماله وعلى المعتق لشريكه ان كان موسرا نصف قيمته مضروبا بسوطين وعلى الضارب ارش السوط الثالث مضروبا بسوطين ونصف قيمته مضروبا ثلاثة أسواط فيكون ذلك على عاقلته فليستوفها أولياء العبد أو يأخذ المعتق من ذلك ماغرم ويكون الباقى لورثة العبد لان السوط الاول كله هدر لان نصفه فى ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه ولكنه باذنه والسوط الثانى نصفه هدر ونصفه معتبر لان نصفه لاقى ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه بغير اذنه فيضمن ارش السوط الثانى مضروبا سوطا فى ماله لشريكه لان سرايته انقطعت لما أعتقه فاقتصرت الجناية على مادون النفس فتجب فى مال الجانى وصار العبد كله مالكا للمعتق بالضمان لان المعتق بالضمان ملك نصيب الضارب عند أبى حنيفة و يصير مكاتبا له لانه يوقف عتق هذا النصف على أداء السعاية اليه فالسوط الثالث لاقى مكاتب غيره فيكون معتبرا كله فيضمن الضارب جميع مانقصه السوط الثالث مضروبا بسوطين لان السوط الثالث حل به وهو منقوص سوطين فلما مات العبد فقدمات من ثلاث جنايات الا أن الجنايتين الاولين كجناية واحدة لاتفاق حكمها واتحاده وانهدرت سرايتهما والجناية الثالثة معتبرة باصلها وسرايتها وان عتق العبد بعد ذلك لان اعتاق المكاتب لايقطع السراية لما بينا فصارت النفس تالفة بجنايتين احداهما معتبرة والأخرى مهدرة فيهدر نصف قيمته ويضمن الضارب نصف قيمته مضروبا بثلاثة أسواط لانه مات منقوصا ثلاثة أسواط فان ظفر المعتق بماله كان له أن يأخذ من ماله ماضمن لشريكه كماله ورثته وللحالف لان ولاءه له ولم يباشر قتله وانما أمر بقتله فيكون مسببا لقتله والمسبب للقتل لايحرم عن الارث وان كان المعتق معسرا فلا ضمان عليه وعلى الضارب الضمان كما وصفنا ويكون نصفه فى ماله ونصفه على العاقلة فيأخذ الضارب من ذلك نصف قيمة العبد مضروبا بسوطين فان بقى شئ فلورثة العبد لان الحالف متى كان معسرا لا يكون للضارب تضمين الحالف وانما له استسعاء نصيبه فبقى نصيب الضارب على ملكه وصار نصيبه مكاتبا له لانه توقف عتق نصيبه على أداء السعاية اليه ونصيب المعتق صار حرا مولى له وكان السوط الاول هدرا والسوط الثانى نصفه هدر ونصفه معتبر لما بينا والسوط الثالث كله معتبر لان نصفه مكاتب للضارب ونصفه لمولى الحالف وقدمات العبد بجنايتين احداهما معتبرة والأخرى مهدرة فكان على الضارب نصف قيمة العبد مضروبا بثلاثة أسواط نصفه على العاقلة لان نصفه مكاتب ونصفه معتق الحالف وموجب جنايته على مكاتب نفسه فى ماله وموجب جنايته على معتق غيره على عاقلته ويكون ذلك كسب المكاتب فيستوفى الضارب منه مقدار نصف قيمته مضروبا بسوطين لانه يأخذ من ماله مال جنايته لانه صار دينا عليه فياخذ أيضا من تركته بعد وفاته ولو كانت المسئلة بحالها ثم ضرب به الآمر سوطا ثم ضرب به الاجنبى سوطا ومات من ذلك كله فعلى المامور نصف أرش السوط الثانى مضروبا بسوطا فى ماله لشريكه وعلى عاقلة المامور ان كان المعتق موسرا أرش السوط الثالث مضروبا بسوطين وهو سدس قيمته مضروبا بخمسة أسواط فى ماله وعلى عاقلة الاجنبى أرش السوط الخامس مضروبا بأربعة أسواط وهو ثلث قيمته مضروبا بخمسة أسواط لان السوط الاول كله هدر والسوط الثانى نصفه معتبر لأن نصفه لاقى ملك شريكه بغير اذنه فيغرم الضارب نصف أرش فى ماله لشريكه وسراية الجنايتين مهدرة لان الحالف أعتق نصيبه بعد السوط الثانى وهو موسر فكان للضارب أن يضمن قيمة نصيبه مضروبا بسوطين وصار نصيب الضارب ملكا للحالف بالضمان وصار مكاتبا له والسوط الثالث معتبر كله لانه لاقى شخصا نصفه معتق مكاتب له والجناية على المعتق والمكاتب معتبرة والسوط الرابع من المولى أيضا معتبر لانه لاقى شخصا نصفه مولى للآمر ونصفه مكاتب له وجناية الانسان على مولاه ومكاتبه معتبرة فيغرم الآمر مانقصه السوط الرابع منقوصا ثلاثة أسواط والسوط الخامس من الاجنبى معتبر فيغرم أرش مانقصه مضروبا بأربعة أسواط واذامات العبد من ذلك كله يغرم الضارب سدس قيمته مضروبا بخمسة أسواط لانه قتل النفس ثلاثة فقد تلفت النفس بجنايات الضارب وهى ثلاثة أسواط الا أن السوطين الاولين حكمهما واحد فان سرايتهما مهدرة فتجعل

جناية واحدة والسوط الثالث باصله وسرايته معتبرة فهذا الثلث تلف بجنايتين أحدهما معتبرة والاخرى مهدرة فيغرم نصف الثلث وذلك سدس الكل ويجب على عاقلته لانه جنى على معتق ومكاتب غيره ويضمن الآمر نصف قيمته مضروبا بخمسة أسواط فى ماله لانه جنى على المكاتب نفسه لانه لم يظهر لعتق نصيبه أثر فى حكم من أحكام الحرية فكان الكل مكاتبا له حكما واعتبارا على عاقلة الاجنبى ثلث قيمته مضروبا بخمسة أسواط لانه جنى على مكاتب غيره ومولى غيره يكون من عاقلة الاجنبى ومن الآمر ومن المأمور للعبد لانه كسب العبد ويأخذ المأمور من الآمر بذلك من مال العبد لان هذا أرش له على العبد وما بقى فى ماله فلعصبة المولى الآمر ان لم يكن للعبد عصبة لان الولاء لهما الا أن الآمر باشر قتله بغير حق يحرم عن الميراث فيجعل كالميت فيكون ما بقى لاقرب عصبات الآمر وقال فى النهاية هذا بخلاف ظاهر الرواية لانه ذكر فى المبسوط فى طرف المملوك تعتبر باطراف الحر من الدية الى آخره فان قيل عند الامام يدفع اليه العبد ويأخذ قيمته فى قطع الاطراف فاى تقدير على قوله فالجواب ان التقدير على قوله فيما اذا جنى عليه آخر بقطع يدا ورجل فسرى فيه الى النفس أو فوت جنس المنفعة فى عدم التقدير والدفع فى غيره وقيل يضمن فى الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شئ لان الاطراف يسلك فيها مسلك الاموال وهذا يؤدى الى أمر شنيع وهو ان ما يجب فى الاطراف أكثر مما يجب فى النفوس بان كانت قيمته مثلا مائة ألف فانه بقطع يده يجب خمسون ألفا وبقتله يجب عشرة آلاف الا عشرة قال رحمه ﴿قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص والا اقتص منه﴾ وانما لا يقتص فى الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه فتعذر فلا تجب على وجه يستوفى اذا الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة أخرى سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما فى احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيها فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يقال يأذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر وكل واحد منهما دائم فصارا بمنزلة الشريكين فيه فلا يفرد أحدهما دون الآخر لما فيه من ابطال حق الآخر فيتصل باجتماعهما الرضا ببطلان حقه وأما فى الثانى وهو ما اذا لم يكن له ورثة غير المولى فهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه أيضا لان سبب الولاية قد اختلف لان الملك على اعتبار العتق والولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة أو فيما يحتاط فيه فصار كما اذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية وقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا بخلاف ما اذا أقر لرجل بالف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضى له عليه بالف وان اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة فلا يبالى باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انهما تيقنا ثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فامكن الايجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفى والمستوفى منه ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسئلة الاقرار بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول وبخلاف مسئلة الجارية لان الحكم مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح فى الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد لا يثبت الحل أصلا ولان ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الآخر فبقى بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه اذ لا يجرى فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الابطال فامكن استيفاؤه والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك اذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا أو فى الاطراف أو فى القتل خطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح فى الحالة الثانية يكون للعبد حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فحصل الاشتباه فيمن له الحق فسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح وأما القتل عمدا فوجبه القصاص فلا اشتباه فيه اذا لم يكن له وارث سوى المولى لانه على اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذى يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق فالحاصل من هذا كله ان من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا يزيد على أربع لانه اما ان قطع عمدا أو خطأ فان كان الاول فاما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثانى فالاعتاق لا يقطعها لحاصله انهم أجمعوا فى الخطأ وفى العمد فيما اذا كان له وارث آخر

ان

ان الاعتاق يقطع السراية فلا يجب الا أرش القطع وما ينقص بذلك الى الاعتاق و يسقط الدية والقصاص وكذا فى القطع اذا لم يمت منه لا يجب عليه سوى أرش القطع وما نقص الى الاعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع فعلم بذلك ان كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه الدية وما نقص منه بعد الاعتاق قال رحمه الله ﴿قال أحدكما حر فشجا فبين فى أحدهما فارشهما للسيد﴾ يعنى اذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فبين فى أحدهما العتق بعد الشج فارشهما للمولى لان العتق غير نازل فى المعين ٧ فالشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة ولو قتلهما رجل واحد فى وقت واحد معا تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف و بعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر انشاء فى حق المحل و بعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فاذا قتلهما رجل واحد معا فاحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاول بخلاف ما اذا قتلهما على التعاقب حيث تجب عليه قيمة الاول لمولاه ودية الثانى للورثة و بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجلان معا تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق فى المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناله ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيقدر بقدر الضرورة وهى النفس دون الاطراف والدية فبقى مملوكا فى حقهما فتجب القيمة فيهما فيكون نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف كل واحد منهما و يترك النصف لورثته لان موجب العتق ثابت فى أحدهما فى حق المولى فلا بدل له فوزع ذلك عليهما نصفين وان قتلاهما على التعاقب فعلى قاتل الاول قيمته للمولى لتعينه للرق وعلى قاتل الثانى ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وان كان لا يدرى أيهما قتل أولا فعلى كل واحد منهما قيمته وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم أولوية أحدهما بالتقدم وفى الجامع الصغير واذا قال الرجل لعبدين له فى صحته أحدكما حر ثم ان أحدهما قتل رجلا خطأ فالقاضى يجبر المولى على البيان فان أوقع العتق على غير الجانى خير فى الثانى بين الدفع والفداء وان أوقع العتق على الجانى صار مختار اللفداء فى الجانى فرق بين هذا و بين ما اذا باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجنى العبد فى يد البائع جناية موجبة للمولى فى مدة الخيار بان قتل رجلا خطأ فاجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجناية لم يصر مختار اللفداء وان أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجناية وكذا اذا كان الخيار للمشترى فجنى العبد فى مدة الخيار ثم رد المشترى العبد لا يكون مختار اللفداء وان عجز نفسه عن الدفع بسبب الرد بالجناية ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلا خطأ بعد العتق المبهم ثم أوقع المولى العتق على أحدهما بعينه يخير بين الدفع والفداء فى العبد الاخير وعليه قيمة العبد الذى أوقع فيه العتق لولى الجناية يريد اذا كانت قيمته أقل من الدية ولم يصر مختار اللفداء بصرف العتق الى الجانى فرق بين هذا و بين ما لو طلق احدى امرأتيه فى صحته ثلاثا ثم مرض مرض الموت فاجبر على البيان فاوقع ذلك على أحدهما فانه يصير فارا وان كان مضطرا الى البيان وكذلك لو كانت جناية أحد العبدين قطع يد وجناية الآخر قتل نفس خطأ كان الجواب كما قلنا ولو قال فى صحته لعبدين قيمة كل واحد منهما ألف أحدكما حر ثم قتل أحدهما رجلا خطأ ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته وللمجنى عليه فى مال المولى قيمة الجانى يريد به اذا كانت قيمته أقل من الارش و يصير من جميع ماله ولا يصير المولى مختار اللفداء ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلا خطأ والمسئلة بحالها سعى كل واحد من العبدين فى نصف قيمته ولكل واحد من المجنى عليهما فى مال المولى قيمة العبد الذى جنى عليه ولم يصر المولى مختار اللفداء هذا الذى ذكرناه كله اذا أوقع المولى العتق المبهم على أحد عبديه قبل الجناية أما اذا كان ايقاع العتق المبهم بعد الجناية فقال رجل له عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما قتيلا خطأ ثم قال المولى فى صحته أحدكما حر وهو عالم بالجناية ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته و يصير المولى مختارا للفداء فى الجانى ثم اذا صار مختار اللفداء فمقدار القيمة معتبر من جميع المال واذا جنى كل واحد من العبدين جناية والمسئلة بحالها سعيا على الوجه الذى وصفناه وصار مختارا للفداء فى الجنايتين ولكن تجب دية واحدة فى مال المولى وقيمة العبدين و يكون ذلك من جميع المال وما زاد على القيمة الى تمام الدية يعتبر من ثلث المال وتكون الجنايتان نصفين اذ ليس أحدهما أولى من الآخر قال فى الجامع الصغير رجل له عبدان سالم و رابع فقتل سالم رجلا خطأ فى صحة المولى فقال المولى أحدكما حر ثم قتل رابع رجلا آخر فى صحة المولى ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد

منهما نصفه وسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته ولزم المولى الفداء فى قتل سالم وهذا منه اختيار للفداء الان فداء سالم فى الدية يعتبر من جميع المال ومازاد على ذلك الى تمام الدية يعتبر من الثلث ولا يلزمه الفداء فى قتل رابع ولو أن المولى لم يقل ماذكر ولكن المولى أوقع العتق على سالم صار مختارا للفداء فى قتل سالم وان أوقع المولى العتق على رابع لم يصر مختارا قال رحمه الله ﴿فقأ عينى عبد دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا يأخذ النقصان﴾ أى اذا فقأ رجل عينى عبد فالمولى بالخيار ان شاء دفع العبد المفقوء الى الفاقئ وأخذ قيمته كاملا وان شاء أمسكه ولا شئ له وهذا عند أبى حنيفة وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته وقال الشافعى يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقى على ملكه كما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة فى الذوات وهى معتبرة فى حق الاطراف فصار اعتبار المالية فى الذوات دون الاطراف ساقطا بل المالية تعتبر فى الاطراف أيضا بل اعتبار المالية فى الاطراف أولى لانها يسلك بها مسالك الاموال فاذا كانت المالية معتبرة وقد وجد أيضا اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمالية بخلاف ما اذا فقأ عينى حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عينى المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فاذا ثبت هذا جئنا الى تعليل مذهب الفريقين لهما أن العبد فى حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا تتحملها العاقلة وتجب قيمته بالغة ما بلغت فكان معتبرا بالمال فاذا كان معتبرا به وجب تخيير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الاموال فان خرق ثوب الغير خرقا فاحشا يوجب تخيير المالك ان شاء دفع الثوب وضمن قيمته وان شاء أمسكه وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات والآدمية أيضا غير مهدرة فيه وفى الاطراف ألا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر مولاه بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا بانه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا أولى مما قالاه اذ فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو أدنى واهدار جانب الآدمية وهو أعلى ومما قاله الشافعى أيضا لان فيه اعتبار الآدمية فقط والشئ اذا أشبه شيئين يوفر عليه حظهما قال رحمه الله ﴿جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش﴾ لما روى عن أبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنه انه قضى بجناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة من غير نكير وكان يومئذ أميرا بالشام فكان اجماعا ولان المولى صار مانعا لما ذكرنا قال القدورى فى التقريب قال أبو يوسف يضمن المولى قيمة المدبر وأم الولد بالجناية مدبرا وقال زفر يضمن قيمته عبدا الكرخى فى مختصره وجناية المدبر على سيده وفى ماله هدر بالتدبير وكذا بالاستيلاد وانما لم يصر مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة ومن الارش لانه لاحق لولى الجناية فى أكثر من الارش ولا منع من المولى فى أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا يخير فى الاكثر أو الاقل لانه لا يفيده فى جنس واحد لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان الجانى قنا حيث يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل لان فيه فائدة لاختلاف الجنس لان من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع الفداء على ما هو الايسر عنده أو يبقى ما اختاره على ملكه ويخرج الآخر عن ملكه ثم الاصل فيه ان جنايات المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا يمنع منه الا رقبة واحدة ولان دفع القيمة فيه كدفع العين فى القن ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص فى القيمة وتعتبر قيمته فى حق كل واحد منهم فى حال الجناية عليه لانه يستحقه فى ذلك الوقت حتى لو قتل رجلا وقيمته ألف ثم قتل آخر وقيمته ألفان ثم قتل آخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى ألفا درهم لانه جنى على الوسط وقيمته ألفان فيكون الولى الاوسط ألف منها لا يشاركه فيه أحد لان ولى الاول لا حق له فيما زاد على الالف وانما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم وكذلك الثالث لا حق له فيما زاد على الخمسمائة لما ذكرنا ثم يعطى خمسمائة فتنقسم بين الاول والاوسط فيضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم ويضرب الاوسط بما بقى من حقه وهو عشرة آلاف درهم الى آخره لا بانتظار الى دية المقتول وما وصل منها وما تأخر منها يضرب له بعشرة آلاف درهم الى آخره قال فى المحيط مدبر قتل رجلا وقيمته ألف درهم ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فالالف درهم

للثاني وتحاصا في الالف الاولى في المرتهن قال رحمه الله ﴿فان دفع القيمة بقضاء فجنى أخرى شارك الثاني الاول﴾ يعني اذا دفع المولى القيمة لولي الجناية الاولى بقضاء القاضي ثم جنى جناية أخرى بعد ذلك فلا شئ على المولى لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدى من المولى بدفعها الى ولي الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانها على قدر حقهما على ما ذكرنا قال رحمه الله ﴿ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولي الجناية﴾ أي لو دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بغير قضاء كان ولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بحصته من القيمة وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا شئ على الولي لانه فعل عين ما يفعله القاضي ولا تعدي منه بتسليمه الى الاول لانه حين دفع الحق الى مستحقه لم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعديا ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان جنايات المدبر توجب قيمة واحدة وهم شركاء فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة حكما ولهذا يشتركون فيها كلهم جميعا ثم اذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه فاذا لم ينفذ دفع المولى في حق الثاني فالثاني بالخيار ان شاء تبع الاول لانه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذه منه وان شاء اتبع المولى لانه دفع حقه بغير اذنه فاذا أخذه منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثاني وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه وهذا لانه لا يجب عليه الا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة ولان الثانية مقارنة من وجه حتى يشاركه ومتأخرة من وجه في حق اعتبار القيمة فتعتبر مقارنة في حق التضمين أيضا كيلا يبطل حق ولي الثانية واذا أعتق المدبر وقد جنى جناية لم يلزمه الا قيمة واحدة لما ذكرنا وسواء أعتقه بعد العلم بالجناية أو قبله لان حق المولى لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتا بالاعتاق وأم الولد كالمدبر واذا أقر المدبر وأم الولد بجناية توجب المال لم يجز اقراره وجنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما اذا كانت الجناية موجبة للقود بان أقر بالقتل عمدا حيث يصح اقراره فيقتل به لان اقراره على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

قال في النهاية لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم ما يلحق به اهـ وقال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جناياتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اهـ وتبعه العيني أقول هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقرير باحسن منه تدبر قال رحمه الله ﴿قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته أقطع وان قطع يده في يد الغاصب فمات منه برئ﴾ لان الغصب يوجب ضمان ما غصب ففي المسئلة الاولى لما قطعه المولى نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته أقطع وفي الثانية حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مستردا له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه الى يده قال صاحب الهداية في الفرق بين المسئلتين ان الغصب قاطع للسراية لان سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولو لم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وهذا مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب للملك وضعا والغاصب لا يملك الا باداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه ان معنى قولهم بقطع السراية ان ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الا ان تسبب ذلك الى غير الجاني واعترض عليه الامام قاضيخان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب وهو قيمة العبد أقطع أما قبله فلا يضمن وفي رهن الجامع الصغير في الباب الثاني من جناياته انما يضمن الغاصب هنا قيمة العبد لان السراية وان لم تنقطع بالغصب وردت على مال متقوم فوجب سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب والشئ انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى ثابتة عليه حكما باعتبار السراية لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية فقصر عليه الضمان قال صاحب العناية فيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميان بكمالهما أقول نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشئ حكما

ان يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع وأما بدمنعه فليس بتام أيضا اذ لا محذور فى ان يثبت على الشئ الواحد يدان حكميان بكا لهما من جهتين مختلفتين وهنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذى صدر منه وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان قال رحمه الله ﴿غصب محجور مثله فمات فى يده ضمن﴾ يعنى اذا غصب عبد محجور عليه عبدا محجورا عليه فمات المغصوب فى يد الغاصب ضمنه لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا منها فيضمن قال رحمه الله ﴿مدبر جنى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما﴾ أى لو غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية أخرى ضمن المولى القيمة لولى الجنايتين فتكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمته واحدة فيجب ذلك على المالك للولى لانه هو الذى أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير ان يصير مختار الفداء كما فى القن اذا أعتقه بعد الجنايات من غير ان يعلمها وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب قال رحمه الله ﴿ورجع بنصف قيمته على الغاصب﴾ أى رجع المولى بنصف ماضمن من قيمة المدبر على الغاصب للتعدى لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب وجد وعبده عند الغاصب كلارد قال رحمه الله ﴿ورده للاول﴾ أى دفع المولى نصف القيمة الذى أخذه من الغاصب الى ولى الجناية الاولى وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف قالوا ولهما ان حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى الى آخره قال فى العناية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون الحق للأول فى جميع القيمة وأجيب بان المقارنة جعلت حكما فى حق الضمان لا غير والاولى مقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحمة وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع أقول فى الجواب بحث لانا لا نسلم ان المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير بل جعلت حكما أيضا فى حق مشاركة ولى الجناية الثانية لولى الجناية الاولى كما أرشد اليه قول صاحب الهداية فى الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية اه فاذا جعلت المقارنة حكما فى حق مشاركته وفى الجناية الثانية أيضا كان ولى الجناية الثانية مزاحما لولى الجناية الاولى فى استحقاق جميع القيمة فكيف يأخذ ولى الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مزاحمة الاولى الثانية له فى استحقاقهما اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغى ان لا يستحق ولى الثانية شيأ من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فليتأمل فى جواب الشافعى وقال محمد رحمه الله لا يدفعها اليه لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجناية الاولى لانه انما يرجع على الغاصب فلا يدفع اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل وكيلا يتكرر الاستحقاق وقوله عوض ماسلم الى ولى الجناية الاولى قلنا هو كذلك لكن ذلك فى حق المولى والغاصب لان ماأخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع الى ولى الجناية الاولى وأما فى حق المجنى عليه فهو عوض مالم يسلم له ومثله جائز كالذمى اذا باع خمرا وقضى دين مسلم يجوز له أخذه لان تلك الدراهم ثمن الخمر فى حق الذمى و بدل الدين فى حق المسلم قوله ودفع الى الاول فان قلت هذا يناقض قوله أولا جناية العبد لا توجب الا دفعا واحدا او محلا أو قيمة واحدة وهنا أوجبت قيمة ونصفا أو دفع العبد ونصف القيمة للاول فالجواب ان الكلام الاول فيما اذا تعددت الجناية فى يد شخص واحد من غير غصب ورد يكون جامعا لها فلهذا تجب قيمة واحدة أو دفع واحد وهنا لما كانت عند شخصين لم يمكن جمعها فلها حكمان وان كانت فى يد واحد لكن بعد غصب ورد كما سيأتى فى قوله ورده قال رحمه الله ﴿ثم رجع به على الغاصب﴾ أى يرجع المولى بذلك الذى دفعه الى ولى الجناية الاولى ثانيا على الغاصب عندهما لانه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كانه لم يرد ولم يضمن له شيأ اذا لم يبق شئ من العبد أو من بدله فى يده قال رحمه الله ﴿و بعكسه لا يرجع به ثانيا﴾ أى بعكس ماذكره لا يرجع غاصب المولى على الغاصب بالقيمة ثانيا وصورته ان المدبر جنى عند مولاه أولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان فى يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى بالاجماع أما عندهما فظاهر لما بينا وأما عند محمد فانه يمتنع الدفع الى ولى الجناية الاولى فى المسئلة الاولى كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد على ما بينا وهنا لا يلزم ذلك لان ما أخذه من الغاصب عوض مادفع الى ولى الجناية الثانية فاذا

دفعه

دفعه الى ولى الاولى لايجتمع البدلان فى ملك واحد وفى الاول يجتمع لانه عوض ما أخذه هو بنفسه ثم اذا دفعه الى ولى الاولى لايرجع به على الغاصب بالاجماع وهو المراد بقوله وبعكسه لايرجع ثانيا لان المولى لما لم يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولى الاولى سلم له ما أخذه من الغاصب فلم يتصوّر الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالاجماع ومع هذا لايرجع على الغاصب بالاجماع بما دفعه ثانيا لان الذى دفعه المولى الى ولى الجناية الاولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسئلة الاولى عندهما لان دفع المولى ثانيا الى والى الجناية الاولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه هنا كما ذكرنا قال رحمه الله ﴿والقن كالمدبر غير ان المولى يدفع العبد هنا وثمة القيمة﴾ أى العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما الا ان المولى يدفع القن وفى المدبر القيمة حتى اذا غصب رجل عبدا فجنى فى يده ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فان المولى يدفعه الى الاول ثم يرجع على الغاصب عندهما وعند محمد لايدفع ما أخذه من الغاصب الى الاول بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانيا على ما ذكرنا فى المدبر وان جنى عند المولى أولا ثم غصبه فجنى فى يده ثم رده الى المولى دفعه الى ولى الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب لما ذكرنا قال رحمه الله ﴿مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه أخرى فجنى فعلى سيده قيمته لهما﴾ أى اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثانيا فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين ولى الجنايتين نصفين لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بينا قال رحمه الله ﴿ورجع بقيمته على الغاصب﴾ لان الجنايتين كانتا فى يد الغاصب فاستحق كل بسبب كان فى يده فرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فان هنالك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان فى يد المالك فيرجع بالنصف لذلك قال رحمه الله ﴿ودفع نصفها الى الاول﴾ أى دفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيا الى ولى الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحمة عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد قال رحمه الله ﴿ورجع بذلك النصف على الغاصب﴾ أى لا يرجع المولى بالنصف الذى دفعه ثانيا الى ولى الجناية الاولى على الغاصب لان ولى الجناية الاولى استحق هذا النصف ثانيا بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم الباقى له ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى لانه استوفى حقه فى حقه ولا الى ولى الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه وهذا لان الثانى يستحق النصف لوجود المزاحمة وقت جنايته والمزاحمة موجودة فبقى على ما كان بخلاف ولى الاولى لانه استحق الكل وقت الجناية وانما رجع حقه الى النصف للمزاحمة قالوا وكلما وجد شيأ من بدل العبد أخذه حتى يستوفى حقه ثم قيل هذه المسئلة على الخلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان الذى يرجع به ولى الجناية الاولى عوض ما سلم له فى المسئلة الاولى لان الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا تكرر الاستحقاق وأما فى هذه المسئلة فيمكن أن يجعله عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ما ذكرنا وفى المبسوط واذا غصب رجل عبدا وجارية فقتل كل واحد رجلا خطأ ثم قتل العبد الجارية ورد العبد فانه يرد معه قيمة الجارية فيدفعها المولى الى ولى قتيل الجارية ويرجع بها على الغاصب لان قيمة الجارية استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يرجع وان اختار الدفع دفع العبد كله الى ولى قتيل العبد فدفع فى قياس قول أبى حنيفة ويرجع بقيمته على الغاصب وعندهما يدفعه الى ولى قتيل العبد والى الغاصب على أحد عشر سهما اذا كانت قيمة الجارية ألف درهم سهم للغاصب وعشرة لولى قتيل العبد ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمة العبد فيدفع منها الى ولى قتيله جزأ من أحد عشر جزأ ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا بناء على ان الغاصب لما ملك الجارية بالضمان من يوم الغصب ظهر ان العبد قتل جارية مملوكة وجناية المغصوب على الغاصب وعلى ماله هدر عنده وعندهما معتبرة لما تبين فعنده لما هدرت جناية العبد على الجارية بقى فى رقبته جناية واحدة وهو دم الحر فيدفع كله الى ولى دم الحر ويفديه كله اليه وهو مضطر فى الدفع والفداء وقد استحق العبد من يده بسبب كان فى يد الغاصب وضمانه فيرجع بقيمته عليه وعندهما لما كانت جناية العبد على الجارية عشرة آلاف وحق الغاصب فى قيمة الجارية ألف درهم فيقسم العبد بينهما على أحد عشر ويرجع بقيمته على الغاصب لان جميع العبد استحق من يد المولى بجناية كانت فى ضمان الغاصب بخلاف الفداء لانه وجب للغاصب على المولى قيمة الجارية لان جناية عبده على جارية الغاصب معتبرة عندهما وللمولى على الغاصب قيمة العبد فوقعت المقاصة لانهما اتفقا جنسا ومقدار دية الحر مع قيمة العبد مختلفان جنسا وقدرا

فلا يتقاصان ولو كان الغاصب معسرا وقال ولى الجناية انتظر يساره دفع العبد الى ولى قتيله أو فداه و يرجع بقيمته على الغاصب اذا أيسر و بقيمة الجارية مرتين واحدة يدفعها الى ولى قتيلها وواحدة تسلم له وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يدفع من العبد عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ الى ولى قتيله فاذا أيسر الغاصب دفع اليه الجزء الثانى لجواز أن يؤدى الغاصب قيمة الجارية فيثبت له حق فى العبد على قولهما فتى دفع جميع العبد الى ولى قتيل العبد يبطل حق الغاصب فى العبد متى أدى قيمة الجارية فيوقف جزأ من أحد عشر جزأ مما عليه وان قال ولى قتيلها أضرب بقيمة الجارية فى الغلام دفع اليهما على أحد عشر لان نصفه لا فى رقبة العبد للحال وحق الغاصب غير ثابت للحال وفى الثانى عسى يثبت وعسى لا يثبت ثم يرجع بقيمتها فيدفع الى ولى قتيلهما تماما لان حقه كان ثابتا فى جميع العبد وقد وصل اليه عشرة أجزاء من العبد ولم يصل اليه جزء واحد وفى يد المولى بدله فكان له ان يأخذ ذلك منه ثم يرجع على الغاصب بمثل ذلك لما بينا ولولى قتيل الجارية ان يأخذ من المولى عشرة أجزاء من قيمتها فى رواية لانه وصل اليه بدل جميع الجارية لان العبد قام مقام الجارية واذا كانت قيمته أقل من قيمة الجارية لان قليل القيمة اذا قتل كثير القيمة ودفع به قام مقام جميعه فاذا قام العبد مقام جميع الجارية فصار كانه وصل اليه جميع الجارية بخلاف ولى قتيل العبد لان حقه كان فى جميع العبد ولم يتحول الى بدله وقد وصل اليه بعض العبد فكان له ان يأخذ بدل مالم يصل اليه من العبد ولو قتل العبد المغصوب الغاصب هدر دمه وكذلك العبد المرهون اذا قتل المرتهن عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يعتبر حتى يؤمر المولى بالدفع أو الفداء لهما ان فى اعتبار جنايته فائدة لان الغاصب يملكه بالدفع بالقيمة و يملك عبد الغير بالقيمة مقيدا كما لو اشترى منه و بالفداء يملك دية نفسه وهى أكثر من القيمة ظاهرا فيحصل للغاصب زيادة على القيمة فدل على ان فى اعتبار هذه الجارية فائدة فوجب اعتبارها والله أعلم ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان المولى متى أخذ الضمان من الغاصب يملك الغاصب العبد مستندا الى وقت الغصب وظاهره ان الجناية ظهرت من المملوك على مالكه وجناية المملوك على مالكه هدر لان المولى لا يستوجب على مملوكه شيأ وجناية المغصوب على مولاه معتبرة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما كما مر فى الرهن قال رحمه الله ﴿غصب صبيا حرا فمات فى يده فجأة أو بحمى لم يضمن وان مات بصاعقة أو نهش حية فديته على عاقلة الغاصب﴾ وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن فى الوجهين وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لان الغصب فى الحر لا يتحقق ألا ترى انه لا يتحقق فى المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع انه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة أولى ان لا يضمن به وجه الاستحسان ان هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبى يضمن بالاتلاف وهذا لان نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق اتلاف منه تسببا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو المولى فيضمن وهذا لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون فى كل مكان فامكن حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد أزال حفظ المولى عنه متعديا فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر فى الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى فان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان تغلب فيه الحمى والامراض يقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا بخلاف المكاتب لانه فى يد نفسه وان كان صغيرا فهو يلحق بالكبير ألا ترى انه لا يزوج الا برضاه كالبالغ والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه فاذا أخرجه من يد المولى فمات بما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب بما صنع ٧ من قيد ونحوه يضمن المكاتب وكالحر الكبير أيضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف مضافا الى الغاصب بتقصير حفظه قال رحمه الله ﴿كصبى أودع عبدا فقتله وان أودع طعاما فأكله لم يضمن﴾ أى يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبى اذا قتل عبدا أودع عنده وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع هو قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله تعالى يضمن الصبى المودع فى الوجهين وعلى هذا لو أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان فى الحال عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و يؤخذ به بعد العتق وعند أبى يوسف والشافعى رحمهما الله تعالى يؤخذ به فى الحال وعلى هذا الخلاف الاقرار فى العبد والصبى وكذا الاعارة فيهما ثم ان محمدا رحمه الله شرط فى الجامع أن يكون الصبى عاقلا وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى الصبى الذى عمره اثنا عشر سنة وذلك دليل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق ولان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لابى يوسف والشافعى رحمهم الله تعالى اذا أتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه كما اذا كانت الوديعة عبدا أو كان الصبى مأذونا له فى التجارة أو فى الحفظ من جهة الولى وكما اذا

أتلف غيرما فى يده ولم يكن معصوما الثبوت ولاية الاستهلاك فيه وطما انه أتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بضمانه كما لو أتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه فى يد غير مانعة فلا يبقى معصوما الا اذا أقام غيره مقام نفسه فى الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبى حتى يلزمه ولا ولاية للصبى على نفسه حتى يلتزم بخلاف المأذون له لان له ولاية على نفسه كالبالغ وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على أصل الحرية فى حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا للمالك لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية استهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدران يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمن الصبى باستهلاكه بخلاف سائر الاموال قال فى العناية واذا استهلك الصبى ينظر ان كان مأذونا له فى التجارة وان كان محجورا عليه لكنه قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه وقبلها بغير أمر وليه فلا ضمان عليه عند الامام ومحمد فى الحال ولا بعد الانزال وقال أبو يوسف يضمن فى الحال وأجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة يضمن فى الحال وهو تقسيم حسن اهـ

﴿باب القسامة﴾

لما كان أمر القتيل يؤول الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها هنا فى باب على حدة فى آخر الديات والكلام فى القسامة من وجوه الاول فى معناها لغة والثانى فى معناها شرعا والثالث فى ركنها والرابع فى شرطها والخامس فى صفتها والسادس فى دليلها اعلم ان القسامة فى اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا فى عامة الشروح أخذا من المغرب وقال فى معراج الدراية القسامة لغة مصدر اقسم كما لا يخفى على من له دراية بعلم الادب وأما فى علم الشريعة فهى أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو غير ذلك وجد فيها قتيل به أثر يقول كل منهم والله ماقتلته ولا علمت له قاتلا كذا فى العناية قال فى النهاية وأما تفسيرها شرعا فاروى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه قال فى القتيل الذى يوجد فى المحلة أو دار رجل فى المصر ان كان جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم قاتله يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة كل منهم يقول بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا اهـ أقول ماذكر فى النهاية انما هو مسئلة القسامة شرعا فان التفسير من قبيل التصورات وماذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن ان يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه فى موضع بيان معنى القسامة شرعا فى أول الباب تعسف خارج عن سنن الطريق وأما ركنها فهو أنه يجرى من ان يقسم هذه الكلمات التى يقسم بها على لسانه ثم قال فى النهاية وأما شرطها فهو ان يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل فى القسامة المرأة والصبى والمجنون والعبد وان يكون فى الميت الموجود أثر القتل وأما لو وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية ومن شرطها أيضا تكميل اليمين بالخمسين اهـ وفى غاية البيان أيضا كذلك ومن شروطها أيضا ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص فيه أو الدية كما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بنى آدم فلا قسامة فى بهيمة وجدت فى محلة قوم ومنها الدعوى من أولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما فى سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة فى القسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما فى سائر الاموال ومنها ان يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لاحد أو فى يد أحد فان لم يكن ملكا لاحد ولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية فى قن أو مدبر او أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد مقتولا فى دار مولاه نص فى البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذى ذكرناه مع زيادة تفصيل وأورد على اشتراط الحرية اذا وجد قتيل فى دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه فى البدائع وأجيب بان المكاتب حر يدا وان لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به فى الباب السابق فوجد فيه الحرية فى الجملة فجاز اشتراطنا الحرية فى القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى مافيه وأما صفتها فهى وجوب الايمان وأما دليلها فالاحاديث المشهورة واجماع الامة وأما سببها فوجود القتيل فى المحلة ومافى معناه قال رحمه الله ﴿قتيل وجد فى محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولى بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا﴾ هذا على سبيل الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا لجواز انه قتله وحده فيجرى على يمينه ماقتلنا يعنى جميعا ولا يعكس لانه اذا قتله مع غيره كان قاتلا له وقال الشافعى رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطا وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى القتل العمد وهو أحد قولى الشافعى

واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو يشهد عدل أو جماعة غير عدول ان أهل المحلة قتلوه وان لم يكن ثم لوث استحلف المدعى عليهم فان حلفوا لادية عليهم وان أبوا ان يحلفوا احلف المدعى واستحق ما ادعاه لنا قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث وقوله البينة على المدعى واليمين على من أنكر ولا فرق فى ذلك بين الدم والاموال على ظاهر الاحاديث وماروى فى قتيل وجد بين قوم قال يستحلف خمسين رجلا منهم فهو كقول المؤلف قتيل خرج مخرج الغالب قال فى العناية جرح رجل فى قبيلة ولم يعلم جارحه فاما أن يصير صاحب فراش أو يكون صحيحا بحيث يذهب و يجىء فان كان الثانى فلا ضمان بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند الامام وعند الثانى لاشئ فيه اه وأطلق فى القتيل فشمل الخطا والعمد والدعوى بذلك قال فى الاصل واذا وجد قتيل فى محلة قوم وادعى ولى القتيل القتل عمدا أو خطا فهذا على ثلاثة أوجه اما ان يدعى ولى القتيل على واحد من أهل المحلة انه هو الذى قتل وليه فان ادعى على جميع أهل المحلة انهم قتلوا وليه عمدا أو خطا وادعى على واحد من غير أهل المحلة أنه هو الذى قتل وليه عمدا أو خطا وأنكر أهل المحلة فانه يحلف خمسون رجلا منهم كل واحد بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا فان حلفوا اغرموا الدية وان نكلوا فانه يحبسهم حتى يحلفهم وفى الذخيرة هذا الحبس بدعوى العمد وان كان يدعى الخطا فاذا نكلوا عن اليمين يقضى عليهم بالدية اه وقوله يتخيرهم الولى يعنى يختار الصالحين دون الطالحين ولو من أهل الذمة وان كان القتيل مدبرا أو مكاتبا وجبت القسامة وقيمته فى ثلاث سنين لان العبد بمنزلة الاحرار فى حق الدماء وروى عن أبى يوسف أنه لاشئ فيه لانه فى حكم الاموال عنده ولا قسامة فى الجنين لانه ناقص الخلقة اه قال رحمه الله ﴿وان حلفوا فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولى﴾ وقال الشافعى رحمه الله يحلف وقد تقدم ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم يحلف خمسون رجلا منكم بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم أغرموا الدية فقال الحالف يارسول الله يحلف ويغرم فقال نعم الحديث هذا اذا ادعى عليهم لا باعيانهم القتل عمدا أو خطا لان المدعى عليهم لا يميزون عن الباقين ولو ادعى على البعض باعيانهم القتل عمدا أو خطا فكذلك الجواب واطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن أبى يوسف فى غير رواية الاصول ان القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة و يقال للولى ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة مثله ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة والنصوص لم تفرق بين دعوى ودعوى فيجاب باطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم ان حلف برئ وان نكل ففى دعوى المال يثبت وفى دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى كتاب الدعوى قال رحمه الله ﴿وان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يمينا﴾ لان الخمسين وجبت بالنص فيجب تمامه ما أمكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما يثبت بالنص وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه قضى بالدية وروى عن شريح والنخعى مثل ذلك ولان فيه استعظاما لامر الدم فيتكمل وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعا كما فى كلمات اللعان وان كان العدد كاملا فاراد الولى ان يكرر على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال وقد كمل قال رحمه الله ﴿ولا قسامة على صبى ومجنون وامرأة وعبد﴾ لانهم ليسوا من أهل النصرة وانما هم أتباع والنصرة لا تقوم بالاتباع واليمين على أهل النصرة ولان الصبى والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول وقوله وامرأة وعبد لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها أقول يشكل اطلاق هذا بقول أبى حنيفة ومحمد فى مسئلة وهى انه لو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وأما عند أبى يوسف القسامة أيضا على العاقلة قال رحمه الله ﴿ولا قسامة ولا دية فى ميت لا أثر به أو يسيل دم من فمه أو أنفه أو دبره بخلاف عينه وأذنه﴾ لان القسامة تجب فى القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف أنفه وفى مثله لا قسامة ولا غرامة لان الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل منهم فلا بد من أثر يكون بالميت يستدل به على انه قتيل بخلاف ما اذا خرج دمه من عينه وأذنه لانه لا يخرج عادة الا من كثرة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فتجرى عليه أحكامه وهو المراد بقوله بخلاف عينه وأذنه ولو وجد بدن القتيل كله أو أكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف وكان معه الرأس أو لم يكن فلا شئ عليهم لان هذا حكم عرف بالنص وقد ورد به فى البدن ولكن للاكثر حكم الكل

فاجر بناءعليه أحكامه تعظيما للآدمي والاول ليس في معناه فلا يلحق به والا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات بمقابلة شخص واحد بان توجد أطرافه في القرى مفرقة وهو غير مشروع و ينبني على هذا صلاة الجنازة لانها لا تتكرر كالقسامة والدية قال الشارح ولو وجد فيهم جنين أوسقط ليس به أثر الضرب لا شئ على أهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا الى آخره أقول في تحرير هذه المسئلة فتور من وجوه الاول أن الجنين على ماصرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور انه يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن أمه وأما وجوده مع أمه بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هناك للام دون الجنين والثاني ان ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لان السقط على ماصرح به في كتب اللغة الولد الذي يسقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ لابد فيه من أن يكون به أثر الجراحة والخنق كما تقرر فيما سبق فالاقتصار هنا على نفي أثر الضرب تقصير والاظهر ان يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس فيه أثر القتل فلا شئ عليهم فتدبر قوله وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها أجيب بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليمة لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس تعظيم كتعظيم النفس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أودية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق و به أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا وأما اذا وجد ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شئ فكذا هذا قال جمهور الشراح ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال ورد بما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما سلك به مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى انتهى ولان الجنين نفس فاعتبرنا جهة النفس ان انفصل حيا فيستدل عليه بتمام الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا جهة العضو ان انفصل ميتا فيستدل عليه بنقصان الخلق قال رحمه الله ﴿قتيل على دابة ومعها سائق أوقائد أوراكب فديته على عاقلته﴾ دون أهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل في أيديهم دون أهل المحلة فصار كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا ان لافرق بينها وبين الدار وعن أبي يوسف انه لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان الى مكان للدفن وأما اذا كان على وجه الخفية فالظاهر انه هو الذي قتله وان لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده وحده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة وفي شرح الطحاوي أوكان الرجل يحمله على ظهره فهو كالذي مع الدابة وظاهر عبارة المؤلف انه لافرق بين ان يكون المالك معروفا أولا وفي شرح الطحاوي فالقسامة والدية عليهم هكذا ذكر محمد ولم يفصل بين ما اذا كان للدابة مالك و بين ما اذا لم يكن بل أطلق الجواب ومن مشايخنا من قال هذا اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك القائد والسائق فاما اذا كان مالك الدابة معروفا فانما تجب القسامة والدية على مالك الدابة نظير هذا ما قال محمد في كتاب العتاق ان الرجل اذا استولد جارية في يده ثم أقر انها لفلان ان كان المقر له مالكا معروفا فالجارية تصدق المستولد ولم تصر أم ولده وان لم يكن المقر له مالكا معروفا فلم يصدق لانها صارت أم ولد له من حيث الظاهر فكذلك هنا ومن المشايخ من قال سواء كان للدابة مالك معروف أولم يكن فان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته ولو وقعت المنازعة بين أهل المحلة و بين السائق كان القول قول السائق ان الدابة دابته قال رحمه الله ﴿مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى أقربهما﴾ لما روى أنه صلى الله عليه وسلم امر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد أحدهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت وأما اذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا شئ عليهم لانهم اذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت لا يمكنهم الغوث وهذا قول الكرخي رحمه الله تعالى وعبارة الماتن ظاهرها الاطلاق وأما اذا وجد في فلاة في أرض فان كانت ملكا لانسان فهما على المالك وان لم تكن ملكا لاحد فان كانت

يسمع منها الصوت من مصر من الامصار فعليهم القسامة وان كان لا يسمع فان كان للمسلمين فيها منفعة للاحتطاب والكلأ فالدية في بيت المال وان انقطت عنها منفعة المسلمين فدمه هدر فظهر ان قوله على أقربها اذا لم تكن الارض ملكا لاحد كما قال اذا كان يسمع منها الصوت من المصر وهو أحد القولين في القريتين اذا وجد قتيل بينهما وقوله بين قريتين مثال وكذا لو وجد بين قبيلتين أو بين محلتين قال في المحيط أما اذا وجد في فلاة مباح فان وجد في خيمة أو فسطاط فالقسامة على مالكها والدية على من يسكنها لانها في يده كما في الدار وان كان خارجا عنها فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل لانهم لما نزلوا قبائل في أماكن مختلفة صارت الامكنة بمنزلة المحال المختلفة في المقر ألا ترى انه ليس لغيرهم ازعاجهم عن هذا المكان ولو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما فان استويا فعليهما كما لو وجد بين المحلتين و بين القريتين هذا اذا نزلوا بين قبائل متفرقين فان نزلوا جملة مختلطين ووجد القتيل خارج الخيام فعلى أهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة لان الامكنة كلها منسوبة الى جميع العسكر لا الى البعض وان كان العسكر في أرض رجل فالقسامة والدية عليه لان العسكر في هذا المكان بمنزلة السكان والقسامة والدية على الملاك دون السكان بالاجماع وهما سويا بين هذه و بين الدار وأبو يوسف رحمه الله تعالى فرق فان عنده في الدار تجب على السكان دون الملاك والفرق ان العسكر نزلوا في هذا المكان للانتقال والارتحال لا للقرار وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة فاما السكان في الدار للقرار لا للانتقال والفرار فلا بد من اعتباره وان كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر انه قتل العدو ولو جرح في محلة أو قبيلة فحمل مجروحا ومات في محلة أخرى من تلك الجراحة فالقسامة والدية على أهل المحلة التي جرح فيها لان القتل حقيقة وجد في المحلة الاولى دون الاخرى رجل جرح وحمله انسان من أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الحامل عند أبي يوسف وفي قياس أبي حنيفة يضمن وهذا بناء على ما اذا جرح في قبيلة ثم مات في أهل قبيلة أخرى لان يده بمنزلة المحلة فصار وجوده مجروحا في يده كوجوده في محلته قال رحمه الله ﴿وان وجد في دار انسان فعليه القسامة والدية على عاقلته﴾ لان الدار في يده وتصرفه ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله وقال أبو يوسف هي عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك ولنا ان الملاك هم المختصون بنصرة المنفعة عادة دون السكان ولان تمليك الملاك ألزم وقرارهم أدوم وكانت ولاية التدبير اليهم فتحقق التقصير منهم وفي الاصل واذا وجد القتيل في الدار تجب القسامة على صاحب الدار والدية على عاقلة الدار يعني أهل الخطة وفي الذخيرة باتفاق الروايات وكذا ذكر محمد في هذه المسئلة في الاصل وذكر في موضع آخر من الاصل ان القسامة والدية على قوم صاحب الدار فاتفقت الروايات ان الدية على قومه واختلفت الروايات في القسامة ذكر في بعض الروايات انما تكون على المشترى خاصة وذكر في بعض الروايات انها تكون على عاقلة المشترى وحكي عن الكرخي انه وفق بين الروايتين قال انها تجب عليه خاصة اذا كان قومه غيبا ومعنى الرواية التي قال انها تكون عليه وعلى قومه أن يكون قومه حضورا حتى لو لم يوجد منهم في المحلة ثم وجد قتيل في سكة من سككهم أي في مسجد من مساجدهم وفيها سكان ومشترون فان القسامة على المشترى وهذا الذي ذكر قول أبي حنيفة ومحمد فاما في قول أبي يوسف في احدى الروايتين عنه تجب القسامة والدية على السكان لا على المشترين الذين هم ملاك وفي الرواية الثانية يقول تجب على المشترى والسكان وفي الذخيرة وجد قتيل في دار فقال صاحب الدار أنا قتلته لانه أراد أخذ مالي وعلى المقتول سيما السراق وهو مبهم فعن أبي حنيفة انه لا شيء على صاحب الدار وفي موضع آخر قال ان عليه الدية لا القصاص وان لم يقر صاحب الدار بقتله لا نقتله وتقسم الدية على العاقلة وفي الينابيع رجل وجد قتيلا فادعى ولي الجناية على رجل انه قتله وكان بينه و بين المقتول عداوة ظاهرة فان أنكر المدعى عليه فقال الولي أحلف انك قتلته وآخذ منك الجناية أي الدية فانه ليس للقاضي أن يفعل ذلك عندنا وقوله دار انسان مثال وكذا لو وجد في حانوت والكرم والارض في الحكم كما ذكرنا في الدار وفي المحيط واذا وجد قتيل في محلة خربة ليس فيها أحد ويقربها محلة عامرة فيها أناس كثيرة تجب القسامة والدية على أهل المحلة العامرة لانها أقرب الاماكن اليها ولو وجد في دار من لا تقبل شهادته له أو امرأة في دار زوجها تجب فيها القسامة والدية ولا يحرم الارث لانه حكم بانه قتله حكما بترك الحفظ ولو وجد القتيل في دار امرأة كرر عليها اليمين خمسين مرة والدية على عاقلتها وهو قول محمد وعند أبي يوسف على أقرب القبائل قال في المحيط رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية لان الظاهر انه لا يقتل نفسه وانما قتله الآخر وقال محمد لا حكم لانه يحتمل ان الآخر قتل نفسه وان

الآخر فقتله فلا أضمنه بالشك ولو أن دارا مغلقة ليس فيها أحد ووجد فيها قتيل فالقسامة والدية على عاقلة رب الدار قال رحمه الله
﴿وهي على أهل الخطة دون السكان والمشترين﴾ هذا قول الامام ومحمد وأهل الخطة هم الذين خط لهم الامام الارض بخطه وقال
أبو يوسف الكل مشترك لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وهم في ذلك سواء فكذا في ترك الحفظ فصار كالدار
المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري ولو كان للخطة تأثير في التقديم لما شاركهم المشتري ولهما ان صاحب الخطة هو
المختص بنصرة البقعة في العرف وكذا في الحفظ ولان صاحب الخطة أصيل والمشتري دخيل وولاية الحفظ على الاصيل دون الدخيل
وفي الدار المشتركة ولاية تدبيرها الى المالك مطلقا بخلاف القرية والمحلة والدار فانه اذا وجد قتيل في دار مشتركة بين مشتر وصاحب
خطة فانهما يستويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة أوجب القسامة والدية على أهل الخطة دون المشترين مع ان كل واحد
منهم لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته والفرق ان العرف جار بان تدبير المحلة لاهلها دون المشتري منه وتدبير الدار
للمشتري ولو قال وهما على أهل الخطة كان أولى لان الضمير يرجع لاقرب مذكور وهو الدية وقدمنا انه لافرق بينهما في الحكم
متأخر ٧ قال رحمه الله ﴿فان لم يبق واحد منهم فعلى المشترين﴾ يعني ان لم يبق واحد من أهل الخطة فعلى المشترين لان الولاية
انتقلت اليهم لزوال من يزاحمهم ثم اذا وجد في دار انسان تدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرين عندهما وعند أبي يوسف
لا تدخل لان رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم فصاروا كما اذا كانوا غائبين
ولهما انهم في الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة وقد بينا أن هذا قول الكرخي قال رحمه الله
﴿ولو وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على عدد الرؤس﴾ أي اذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة أنصباؤهم فيها
متفاضلة بان كانت بين ثلاثة مثلا لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس تقسم الدية والقسامة على عدد رؤسهم ولا يعتبر
بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس
بمنزلة الشفعة وفي الجامع الصغير دار نصفها لرجل وعشرها لآخر ولآخر ما بقي فوجد فيها قتيل فهي على عدد رؤس الرجال دون
تفاوت الملك حتى ان القتيل اذا وجد في دار بين اثنين أثلاثا فالدية تجب بينهما نصفين وكذا دار بين بكر وزيد أثلاثا فوجد فيها قتيل
فالدية على عاقلتهم أثلاثا وهذا الذي ذكرنا قول محمد رواه عن أبي حنيفة وروى عن أبي يوسف بخلاف هذا فانه قال على عدد الملك
ولو وجد قتيل بين قريتين فالدية على أهل القريتين على السواء ولا ينظر الى عدد أهل القريتين وكذلك قال أبو يوسف في دار
بين تميمي وبين أربعة من همدان وجد فيها قتيل فالدية بينهما نصفين وعند محمد تجب الدية أخماسا واذا وجد قتيل بين قريتين وهو
في القرب اليهما على السواء ووجد في احدى القريتين اناس كثيرة وفي الاخرى أقل من ذلك فالدية على القريتين نصفين
بلا خلاف وقال أبو يوسف في قتيل وجد بين ثلاث دور دار لتميمي وداران لهمدان وهو في القرب منهما جميعا على السواء فالدية
نصفان واعتبر القبيلة دون القرب واذا وجد القتيل في دار بين ثلاثة نفر فالقسامة على عواقلهم جميعا أثلاثا وتمام الخمسين على
العواقل وكذا لو وجد في المسجد أو المحلة فالمعتبر عدد القبائل والقبائل هنا ثلاث فالدية أثلاث ولهذا قلنا بان أهل الديوان اذا جمعهم
ديوان واحد وقاتل واحد منهم كان على أهل ديوان لا على أهله وعشيرته قال رحمه الله ﴿وان بيع فلم يقبض فهي على عاقلة البائع
وفي الخيار على ذي اليد﴾ أي اذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري ووجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار
لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند أبي حنيفة وقالا اذا لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على
عاقلة الذي يصير له لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت
الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر
قرار الملك كما في صدقة الفطر ولابي حنيفة ان القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا ترى أنه يقدر على الحفظ باليد دون الملك
ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما لانه دون البات
ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا واذا كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة
كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر فانها تجب على المالك لا على الضامن وهذه ضمان جناية فتجب
على الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيه الملك ألا ترى ان الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك بخلاف

ما اذا كانت الدار فى يده وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد أصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد أمانة لان العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره فى الهداية والنهاية لا يدل على ان الضمان على الغاصب فان قلت لو جنى العبد فى البيع البات قبل القبض يخير المشترى بين الرد وامضائه وهنا لا يخير والفرق ان الدار لا يستحقها بوجود القتيل فيها بخلاف العبد لانه يصير مستحقا بالجناية وفى مختصر خواهر زاده وان وجد فى دار يتامى المسلمين فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى والاصل ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر لوجود الدية على العاقلة اليد الحقيقية لانها تثبت القدرة على الحفظ وهما يعتبران الملك قال رحمه الله ﴿ولا تعقل عاقلة حتى تشهد الشهود انها الذى اليد﴾ أى اذا كانت دار فى يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى تشهد الشهود انها لصاحب اليد لان ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقل عاقلته عنه واليد وان كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفى الا لايجاب الضمان على العاقلة كما لا يخفى للاستحقاق ٧ وتصلح للدفع وقد عرف فى موضعه قال صاحب العناية ولا يختلج فى وهمك صورة تناقض بعدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبى حنيفة رضى الله عنه لليد لان اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالاصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهل لا يناقض هذا ما مر من ان الاعتبار عند أبى حنيفة لليد دون الملك كما فى المسئلة المتقدمة آنفا فان الملك هناك للمشترى مع ان الدية عنده على عاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله قال صاحب العناية ولا يلزم أبا حنيفة أن يعتبر اليد فى استحقاق الدية كما قال فى الدار المبيعة فى يد البائع يوجد فيها قتيل لان الدية تجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد فلم تثبت هنا يد المالك الا بالبينة اهـ وذكر فى معراج الدراية ما يوافقه حيث قال وفى جامع كريسى اعتبر أبو حنيفة رضى الله عنه مجرد اليد فى المسئلة المتقدمة وهناك لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد نقضا عليه اهـ أقول هذا التوجيه مشكل لان الملك فى المسئلة المتقدمة كان للمشترى لا محالة وعن هذا نشأ النزاع بين أبى حنيفة رحمه الله وصاحبيه فى تلك المسئلة اذ لو كان الملك أيضا للبائع لما صار محل الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان الملك هنا للمشترى فكيف يتحقق للبائع ان ذاك يد المالك اذ ثبوت يد الملك له يقتضى ثبوت نفس الملك أيضا له فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة فى حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشترى وهو محال وان أريد بيد الملك غير معناه الظاهر أى اليد التى كانت لصاحبها ملكا فى الاصل وان زال ذلك الملك فى الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الاصل المزيل فى ترتب الحكم الشرعى عليه فى الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لامامنا الاعظم فعليك بالتأمل الصادق وظاهر اطلاق المصنف انه لا فرق بين ما اذا أنكر العواقل ان الدار له وأقروا بها قال فخر الاسلام البزدوى قصد بهذا الكلام اذا أنكر العواقل كون الدار له وقالوا هى وضيعة فى يده فالقول لهم الا أن يقيموا بينة على الملك كذا فى العينى على الهداية ولا فرق فى ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها صاحب الدار أو غيره عند الامام رحمه الله تعالى قال رحمه الله ﴿وفى الفلك على من فيها من الركاب والملاحين﴾ لانه فى أيديهم فيستوى المالك وغيره فى الدار فيه وعلى هذا قول أبى يوسف ظاهر لان عنده يستوى المالك والساكن فى الدار والفرق لهما ان الفلك ينقل ويحول فيكون فى اليد حقيقة بخلاف العقار فانه لا ينقل ولا يحول وفى المحيط وقيل يجب على سكان السفينة دون مالكها لان السفينة تحت يد الساكن دون المالك وفى شرح الطحاوى انما تجب على راكب السفينة اذا لم يكن لها مالك معروف وان كان لها مالك معروف فعلى مالك السفينة ومنهم من يقول على الراكب مطلقا واطلاق محمد فى النوازل الجواب على هذا قال رحمه الله ﴿وفى مسجد محلة لهم وفى الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال﴾ للعامة لا يختص به واحد منهم والقسامة لنفى تهمة القتل وذلك لا يتحقق فى حق الكل فديته تكون فى بيت المال لانه مال العامة وكذلك الجسور العامة والسوق العامة التى تكون فى الشوارع لان التدبير فى هذا كله الى الامام لانه نائب المسلمين لا الى أهل السوق وقال فى النهاية أراد به أن يكون السوق الاعظم نائيا عن المحال وأما الاسواق التى فى المحال فهى محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا فى السوق النائى عن المحال اذا كان لها سكان أو كان لاحد فيها دار مملوكة وأما كون القسامة والدية عليهم لانه يلزمهم الحفظ بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها أو التى فى المحال والمساجد التى فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة أو على المالك على الاختلاف الذى بينا لانها محفوظة بحفظ أربابها أو بحفظ

أهل المحلة وفى المنتقى اذا وجد قتيل فى صف من السوق فان كان أهل ذلك الصف يبيتون فى حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد فى السجن فديته على بيت المال عندهما وعند أبى يوسف على أهله وهى مبنية على مسئلة السكان والملاك قال رحمه الله ﴿ويهدر لو فى برية أو وسط الفرات﴾ لان الفرات ليس فى يد أحد ولا فى ملكه اذا كان يمر به الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه وكذا البرية لا يد لاحد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد فيهما من القتل حتى لو كانت البرية مملوكة لاحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت تجب على المالك وعلى أهل القرية لما بيناه ولو وجد القتيل فى المسجد الحرام من غير زحام الناس فى المسجد أو بعرفة فالدية على بيت المال من غير قسامة هذه الجملة فى المنتقى وفيه أيضا وكل قتيل يوجد فى المسجد الجامع ولا يدرى من قتله أو قتله رجل من المسلمين ولكن لا يدرى من هو أو زحمه الناس يوم الجمعة فقتلوه ولا يدرى من هو فهو على بيت المال واذا وجد فى المسجد لقبيلة فهو على أقرب الدور منه ان كان لا يعلم الذى اشتراه و بناه وان كان يعلم الذى اشترى المسجد و بناه كان على عاقلته القسامة والدية وان كان فى درب غير نافذ أو مصلاه واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذين فى الدرب وفيه أيضا واذا وجد القتيل فى قبيلة فيها عدة مساجد فهو على القبيلة كلها واذا لم يكن قبيلة فهو على أصحاب المحلة وأهل كل مسجد محلة وفى السغناقى واذا وجد القتيل فى وقف المسجد فهو كوجوده فى المسجد الجامع كان الدية فى بيت المال وان كان الوقف على قوم معلومين فالدية والقسامة عليهم وكذلك المحبوس للعامة وفى المنتقى اذا وجد قتيل على الجسر أو على القنطرة فذلك على بيت المال وذكر الكرخى وشيخ الاسلام وان النهر العظيم اذا كان انصباب مائه فى دار الاسلام تجب الدية فى بيت المال لانه فى أيدى المسلمين بخلاف ما اذا كان موضع انصباب مائه فى دار الحرب لانه يحتمل ان يكون قتيل أهل الحرب فيهدر قال رحمه الله ﴿ولو محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى﴾ أى لو كان القتيل محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى فى ذلك الموضع لان الشط فى أيديهم يستقون منه و يوردون دوابهم فكانوا أخص بنصرته وفى شرح الطحاوى وان كان الشط ملكا لاحد فان كان ملكا خاصا فهو كالدار وان كان ملكا عاما فهو كالمحلة فاما اذا كان نهرا صغيرا انحدر من الفرات أو نحوه لاقوام معروفين فانه تجب القسامة على أصحاب النهر والدية على عاقلتهم وفى الكافى والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة والا فهو عظيم كالفرات وجيحون ولم يتعرض المؤلف لما اذا وجد فى بيت من ثبتت له بعض الحرية وفى الخانية ولو وجد المكاتب قتيلا فى دار اشتراها لا يجب فيه شئ فى قولهم جميعا وفى المكاتب سوى أبو حنيفة أيضا بين ما اذا وجد قتيلا فى داره و بين ما اذا وجد غيره قتيلا الا أنه اذا وجد غيره قتيلا لا تجب الدية على العاقلة لانه لا عاقلة للمكاتب وانما تجب عليه لان عاقلته نفسه ولو وجد جميع أهل المحلة فلا تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة وذكر فى المنتقى عن ابن أبى مالك عن أبى حنيفة أن من وجد قتيلا فى دار نفسه فليس فيه قسامة ولا دية وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف أنه قال على سكان القبيلة وعلى عاقلة المقتول دية قالوا وهو قول أبى حنيفة فرواية ابن أبى مالك تخالف رواية الاصول وفى الذخيرة وفى شرح شيخ الاسلام اذا وجد قتيل فى محلة وزعم أهل المحلة ان رجلا منهم قتله ولم يدع ولى القتيل على واحد منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية و رواية الحسن بن زياد اذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد الذى سعى فى بعض قيمته قتيلا فى محلة فعليهم القسامة وتجب القيمة على عواقل أهل المحلة فى ثلاث سنين وقد روى عن أبى يوسف أنه لا يجب عليهم شئ فى العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد وهذا يجعل كجناية على البهائم ولهذا قال بانه تجب قيمته بالغة ما بلغت اذا كان خطأ واذا كان عمدا يجب القصاص وأما معتق البعض فانه تجب فيه القسامة والدية عندهم جميعا لانه بمنزلة الحر عند أبى يوسف ومحمد والحر اذا وجد قتيلا فى محلة فانه تجب على أهل المحلة القسامة والدية وعند أبى حنيفة هو بمنزلة المكاتب فى الحكم اذا وجد قتيلا فى محلة عنده هذا وفى شرح الطحاوى ولو وجد القتيل فى دار المكاتب فانه تكرر عليه الايمان فان حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية الا عشرة لان المكاتب عاقلة نفسه وفى التجريد والاعمى والمحدود فى القذف والكافر القسامة عليهم واذا وجد العبد قتيلا فى دار مولاه فلا شئ فيه لان المولى صار قاتلا له حكما بملك الدار فيعتبر بما لو باشر ولو باشر لم يكن على المولى شئ فكذا هذا قالوا وهذا اذا لم يكن على العبد دين فاما اذا كان على العبد دين فانه يضمن المولى الاقل من قيمته ومن الدين وقد نص محمد على هذا التفصيل فى كتاب المأذون قال رحمه الله ﴿وان التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فعلى أهل المحلة القسامة والدية الا ان يدعى الولى على أولئك أو على معين منهم﴾ لان القتيل بين أظهرهم والحفظ

عليهم فتكون القسامة والدية عليهم الا اذا أبرأهم الولى بدعوى القتيل على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة ولا يثبت على عاقلته الا بحجة على ما بينا وقوله على معين منهم ان أريد به الواحد من أهل المحلة ليستقيم على قول أبي يوسف لان أهل المحلة يبرؤن بدعوى الولى على واحد منهم معين وهو القياس وعندهما لا يبرؤن وهو استحسان وبيناه فى أوائل الباب فلا يستقيم وان أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف ويستقيم بالاجماع وقال أبو جعفر فى كشف الغوامض هذا اذا كان الفريقان غير متأولين اقتتلوا عصبية وان كانوا مشركين أو خوارج فلا شئ فيه ويجعل ذلك من اصابة العدو واذا كان القتال بين المسلمين والمشركين فى دار الاسلام ولا يدرى القاتل يرجح حال قتلى المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح فى انهم لا يتركون المشركين فى مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين فان قيل الظاهر ان قاتله من غير المحلة وانه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم كذا فى النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب ان يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصماءه من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع ان الاصل الشائع ان يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالاظهر فى الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقى حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص باضافة القتيل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى وسيأتى مثل هذا عن قريب ان شاء الله تعالى قال فى الهداية وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر أن قتله كان هدرا يحوج الى ذكر الفرق بين هذا وبين ما اذا اقتتل المسلمون عصبية فى محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا فى الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين فى مكان فى دار الاسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح جانب احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح فى أنهم لا يتركون الكفار فى مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما فى المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة للحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد به النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذى لم يكن كذلك اهـ وقال بعض الفضلاء طعنا فى المصير الى الفرق المذكور انه ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص اهـ أقول ليس هذا الفرق بتمام فضلا عن كونه ظاهرا اذ لا نسلم ان الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز ان يكون حجة لدفع القسامة والدية على أهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية فى ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرا فلا بد فى تمام الفرق بين المسئلتين من المصير الى ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققته قال رحمه الله ﴿وان قال المستحلف قتله زيد حلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير زيد﴾ لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين وبقى حكم من سواه على حاله فيحلف عليه فلا يقبل عليه قول المستحلف أنه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا وفى النهاية هذا قول محمد وأما على قول أبي يوسف فلا يحلف على العلم لانه قد عرف القاتل واعترف به فلا حاجة اليه ومحمد يقول بجواز أنه عرف ان له قاتلا آخر معه قال رحمه الله ﴿وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم أو واحد منهم﴾ وهذا عند أبي حنيفة وقالا تقبل شهادتهم اذا شهدوا على غيرهم لان الولى لما ادعى القتل على غيرهم تبين انهم ليسوا بخصماء غاية الامر انهم كانوا عرضية انهم يصيرون خصماء فنزلهم قابلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة فحاصله ان من صار خصما فى حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية ان يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان أصلان متفق عليهما غير انهما يجعلان أهل المحلة ممن له عرضية ان يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثانى الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب تقبل شهادتهما ولو ادعى الولى على رجل بعينه من اهل المحلة وشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما فلا تقبل شهادتهما قال المتأخرون من أصحابنا المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل لانا نراها قاتلة فيجب عليها وهو

مختار

مختار الطحاوى وهو الاصح فصار كما اذا باشرت القتل بنفسها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب المعاقل ﴾

قال فى النهاية لما كان موجب القتل الخطا ومافى معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها فى هذا الباب ورده صاحب المعراج وقال وجه المناسبة انما هو لما فرغ من بيان القتل الخطا وتوابعه شرع فى بيان من تجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها قال رحمه الله ﴿هى جمع معقلة وهى الدية﴾ أى المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية وتسمى عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك أى تمسكها يقال عقل البعير عقلا اذا شده بالعقال ومنه العقل لانه يمنع صاحبه من القبائح أقول هكذا وقع العنوان فى عامة المعتبرات لكن كان ينبغى ان يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع معقلة وهى الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا الى التكرار ليس بتام فى نفسه لان بيان أقسام الديات وأحكامها قدمر مستوفى فى كتاب الديات والمقصود بالبيان هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسبة فى العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة والكلام هنا من وجوه الاول فى تفسيرها لغة والثانى فى تفسيرها شرعا والثالث فى كيفية وجوب الدية والرابع فى بيان مدة الواجب والخامس فيما تتحمله العاقلة والسادس فيمن يحول على الدية من عاقلة الى عاقلة والسابع فى عاقلة مولى الموالاة وسيأتى بيان ذلك ان شاء الله تعالى قال فى المبسوط فيه فصول احدها فى معرفة العاقلة والثانى فى كيفية وجوب الدية عليه والثالث فى بيان مدة الواجب والرابع فيما تتحمله العاقلة ومالا تتحمله العاقلة والخامس فيمن يحول الدية من عاقلة الى عاقلة والسادس فى عاقلة مولى الموالاة أما تفسيرها لغة فالعاقلة اسم مشتق من العقل وهو المنع ولهذا يقال لما يعقل به البعير عقالا لانه يمنعه من النفور ومنه سمى اللب عقلا لانه مما يمنع الانسان عما يضره فذلك عاقلة الانسان وهم أهل نصرته ممن يمنعونه من قتل من ليس له قتله وأما العاقلة والعقل وهو الدية فجمعه المعاقل ومنه العاقلة وهم الذين يتحملون العقل وهو الدية وأما العاقلة شرعا فهم أهل الديوان من المقاتلة وأهل الديوان الذين لهم رزق فى بيت المال وكتب أسماؤهم فى الديوان ومن لا ديوان له فعاقلته من عصبة النسب لا على أهل الديوان وعند الشافعى رضى الله عنه العقل على عصبته من النسب لا على أهل الديوان وذكر الطحاوى من أصحابنا انها تجب فى مال القاتل لان وجوب العقل على العاقلة عرف بخلاف القياس لان مؤاخذة غير الجانى بالجانى مما ياباه القياس والشرع انما أوجب على أهل الديوان أو على العشيرة فبقى ماعداهما على قضية القياس ومن ليس له ديوان ولا عشيرة قيل يعتبر المحال ونصرة القلوب فالاقرب وقيل تجب فى ماله وقيل تجب فى مال بيت المال وكذلك اللقيط على هذا الخلاف ولا تعقل مدينة عن مدينة وتعقل مدينة عن قراها لان العقل انما بنى على التناصر والتعاون وأهل كل مصر ينتصرون باهل ديوان مصرهم ولا ينتصرون بديوان أهل مصر آخر وأهل كل مصر ينتصرون باهل سوادهم وقراهم وان كان بعيد المنزل منهم لان البادية بادية واحدة فكانوا كاهل الديوان فى مصر واحد يتعاونون على أهل المصر وان بعدت منازلهم والباديتان اذا اختلفتا كانتا بمنزلة مصرين وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته قال رحمه الله ﴿ كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة ﴾ والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية يقال وديت القتيل اذا أعطيت ديته وعقلت عن القاتل أى أديت عنه مالزمه من الدية وقد ذكرنا الدية وأنواعها فى كتاب الديات وأما وجوبها على العاقلة فالاصل فيه ماصح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة العاقلة فقال أبو القاتلة المقضى عليه يارسول الله كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل ذلك ضلال فقال عليه الصلاة والسلام هذا من الكهان ولان النفس محرمة فلا وجه الى اهدارها ولا ايجاب على المخطئ لانه معذور فرفع عنه الخطا وفى ايجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من اجحافه واستئصاله فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف فكانوا أولى بالضم وقوله كل دية وجبت بنفس القتل يحترز به عما ينقلب مالا بالصلح أو بالشبهة لان العمد يوجب العقوبة فلا يستحق التخفيف فلا تتحمل عنه العاقلة وفى مبسوط شيخ الاسلام طعن بعض وقال لا جناية من العاقلة ووجوب الدية باعتبارها فتكون فى مال القاتل يؤيد ذلك قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ألا ترى أن من أتلف دابة يضمنها فى ماله فكذا ايجاب الدية قلنا ايجاب الدية على العاقلة مشهور ثبت بالاحاديث المشهورة وعليه عمل الصحابة ومن بعدهم يزاد به على كتاب الله تعالى قال رحمه الله ﴿وهى أهل الديوان ان كان القاتل منهم﴾ تؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين وأهل الديوان هم الجيش الذين كتبت أسماؤهم فى الديوان وهذا عندنا وقال

الشافعى على أهل العشيرة لماروينا وكان كذلك الى أيام عمر رضى الله عنه ولا نسخ بعد النبى صلى الله عليه وسلم فيبقى على ما كان ولانها صلة والاقارب أولى بها كالارث والنفقات ولنا أقضية عمر رضى الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لانه كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالحلف والولاء والعدو وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعل على أهلها اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كانوا بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى من ايجابها فى أصول أموالهم لانه أحق وما تحملت العاقلة الا للتخفيف والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ومحكى عن عمر رضى الله عنه اهـ قال رحمه الله ﴿فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها﴾ لحصول المقصود لان المقصود التخفيف وقد حصل أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد بايجابه مؤجلا بثلاث سنين فانه المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو المحكى عن عمر رضى الله عنه كما مر آنفا فينبغى أن يختص التأجيل بثلاث سنين اذ تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجىء نظير هذا فى الكتاب فى تعليل أن ما وجب على القاتل فى ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا ليس بحال عندنا بل مؤجلا بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لانها بعد الوجوب اذ الوجوب بالقضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف واذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب فى سنة واحدة واذا كان أكثر منه يجب فى سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان أكثر منه الى تمام الدية تجب فى ثلاث سنين لان جميع الدية فى ثلاث سنين فيكون كل ثلث فى سنة ضرورة والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى تجب فى ثلاث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا اذا انقلب القصاص مالا ولو قتل عشرة رجلا واحدا خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه بثلاث سنين وأول المدة يعتبر من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى هو الدية والنقل الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته من ذلك الوقت قال رحمه الله ﴿وان لم يكن ديوانا فعلى عاقلته﴾ لما روينا ولان نصرته بهم وهى المعتبرة فى الباب قال رحمه الله ﴿وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يؤخذ من كل فى كل سنة الا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية فى ثلاث سنين على أربعة﴾ وذكر القدورى لا يزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها والاول أصح فان محمدا نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الا درهم وثلث كما ذكرنا هنا لان معنى التخفيف مراعى فيه قال رحمه الله ﴿فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليها أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات﴾ لتحقق معنى التخفيف واختلفوا فى أبى القاتل وأبنائه قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم ينفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة وهذا المعنى انما يستحق عند الكثرة والابناء والآباء لا يكثرون قالوا هذا فى حق العرب لانهم حفظوا أنسابهم فامكن ايجابهم على أقرب القبائل وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك فى حقهم فاذا لم يمكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم يعتبر بالمحال والقرية الاقرب فالاقرب وقال بعضهم رأى يفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به وهذا كله عندنا وعند الامام الشافعى يجب على كل واحد نصف دينار فيستوى بين الكل لانه كله صلة فيعتبر بالزكاة ولو كانت عاقلته أصحاب الرزق يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث يؤخذ كلما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة العطايا وان كان يخرج فى كل سنة وأرزاق فى كل شهر فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق لان الاخذ من الاعطية أيسر لهم والاخذ من الارزاق يؤدى الى الاضرار بهم اذ الارزاق لكفاية الوقت ويتضررون بالاداء منه والاعطية ليكونوا مؤتلفين فى الديوان قائمين بالنصرة فتيسر عليهم الاداء منه قال رحمه الله ﴿والقاتل كاحدهم﴾ أى كواحد من العاقلة فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره به وقال الشافعى رضى الله عنه لا يجب على القاتل شئ من الدية لانه معذور ولهذا لا يجب عليه الكل فكذا البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض ولانها تجب بالنصرة ولا ينصر نفسه مثل ما ينصر غيره بل أشد فكان أولى بالايجاب عليه

فاذا كان المخطئ معذورا فالبرىء منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى قال رحمه الله ﴿وعاقلة المعتق قبيلة مولاه﴾ اذ نصرته بهم واسمها ينبئ عنها يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم قال رحمه الله ﴿ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته﴾ ومولى الموالاة هو الحليف فيعقل عنه مولاه الذى عاقده وعاقلة مولاه وهو المراد بقوله وقبيلته أى قبيلة مولاه الذى عاقده لانه المعروف به فاشبه مولى العتاقة قال رحمه الله ﴿ولا تعقل عاقلة جناية العبد﴾ ولا العمد وما لزم صلحا واعترافا لما روينا ولانه لا يتنصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم قال رحمه الله ﴿الا ان يصدقوه فى الاقرار﴾ لان التصديق اقرار منهم فتلزمهم باقرارهم بان لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوم البينة لان ما ثبت بالبينة كالمشاهدة لانها كاسمها مبينة وتقبل البينة هنا مع الاقرار وان كانت لا تعتبر معه لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ثم ما ثبت بالاقرار يجب مؤجلا وما ثبت بالصلح حال الا اذا شرط التأجيل فى الصلح وقد عرف فى موضعه ولو أقر بالقتل خطأ فلم يرتفعوا الى الحاكم الا بعد سنين فقضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين كان أول المدة من يوم قضى عليه لان التأجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة فكذا فى الثابت بالاقرار أولى لانه أضعف ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على ان قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شئ على العاقلة لان تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شئ فى ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة فى حقهما فلا يلزمه الا حصته بخلاف الاول حيث تجب جميع الدية على المقر لانه لم يوجد التصديق من الولى بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد هنا فافترقا قال رحمه الله ﴿وان جنى حر على عبد خطأ فهى على عاقلته﴾ يعنى اذا قتله لان العاقلة لا تتحمل أطراف العبد وقال الشافعى لا تتحمل النفس أيضا بل يجب فى مال القاتل ولنا انه آدمى فتتحمله العاقلة كالحر وهذا لان ما يجب بقتله دية وهى بدل الآدمى لا المال على ما بيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس لانه يسلك به مسلك الاموال والمراد بالحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا جناية أى لا تعقل العاقلة جناية عمدا ولا جناية عبد ونحن نقول به لان جنايته توجب دفعه الا أن يفديه المولى قال أصحابنا ليس على المرأة والذرية ممن له حظ فى الديوان عقل لقول عمر رضى الله عنه لا يعقل مع العواقل صبى ولا امرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصرة والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شئ عليهما من الدية وهذا صحيح فيما اذا قتله غيرهما وأما اذا باشرا القتل بانفسهما فالصحيح انهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح أن يكون كواحد من العاقلة والحاصل ان الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب السكنى والعد والحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل اخوان ديوان أحدهما بالبصرة وديوان الثانى بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه وانما يعقل عنه أهل ديوانه ومن جنى جناية من أهل البصرة وليس له فى أهل الديوان عطاء وأهل البادية أقرب اليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة لان أهل الديوان هم الذين يدرؤن عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يخصون بالنصرة أهل العطاء فقط بل ينصرون أهل المصر كلهم وقيل اذا لم يكونوا قريبا له لا يعقلونه وانما يعقلون اذا كانوا قريبا له وله فى البادية أقرب منهم نسبا لان الوجوب بحكم القرابة وأهل مصر أقرب منهم فكانت القدرة على أهل النصرة لهم فصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة فى الانكاح ولو كان البدوى نازلا فى المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام فى المعاملات سيما فى المعانى العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود فى حقهم فان لم تكن عاقلة معروفة فديته فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما فى حق المسلم لانا بينا أن الوجوب على القاتل وانما تتحول عنه الى العاقلة اذا وجدت فان لم توجد بقى عليه بمنزلة مسلمين تاجرين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه فيقضى بالدية فى ماله لان أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه لان تمكنه من القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل عاقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغى ان لا يعقل بعضهم بعضا وهذا عند أبى يوسف لانقطاع

التناصر بينهم ولو كان العاقل من أهل الكوفة وله بها عطاء وحول ديوانه الى البصرة ثم اذا رفع الى القاضى فانه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقلته من الكوفة وهم أهل الكوفة فصار كما لو حول بعد القضاء ولنا ان الدية انما تجب بالقضاء على ما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينقل الى المال بخلاف ما اذا حول بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لان حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا نقلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب لان فى النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء بها فلم يقض عليهم حتى استوطن البصرة قضى على أهل البصرة بالدية ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل اليهم وكذا البدوى اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضى يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته فالدية لا تتحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية فقضى عليهم بالدية فى أموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الامام فى العطاء حيث تصير الدية فى عطاياهم ولو كان قضى بها فى أول مرة لانه ليس له نقض القضاء الاول لانه قضى بها فى أموالهم وأعطاهم أموالهم غير ان الدية تقضى من أيسر الاموال اذ الاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليهم بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن تقضى الابل من مال العطايا بان يشترى به لانه أيسر قال علماؤنا رحمهم الله تعالى ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة والدية فى بيت المال اذا كان القاتل مسلما لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من البعض بذلك ولهذا اذا مات فميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبى حنيفة رواية شاذة انها تجب الدية فى ماله وابن الملاعنة تعقل عنه عاقلة أمه لان نسبه ثابت منها دون الاب فاذا عقلت عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم قضى لهم بالرجوع عليهم لانه تبين ان الدية كانت وجبت عليهم لانه بالدعوى ظهر ان النسب كان ثابتا منه من الاصل فقوم الام يحملون ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون بها عليهم لانهم مضطرون فى ذلك وكذا اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد من حرة فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة ترجع عاقلة الام على عاقلة الاب لانه اذا أدى الكتابة يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت ثبت الحرية للاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذا رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفى مال الآمر ان كان ثبت باقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها على الآمر أو على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها تحقيقا للمماثلة ثم مسائل العاقلة من هذا الجنس كثيرة وأجوبتها مختلفة والضابط الذى يرد كل جنس الى أصله ان يقال ان حال القاتل ان تبدل حكما بسبب حادث فانتقل ولاء الى ولاء لم تنتقل جنايته عن الاول قضى بها أو لم يقض وذلك كولد المولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم أعتق العبد لا يجر ولاء الولد الى قومه ولا تتحول الجناية عن عاقلة الام قضى بها أو لم يقض وكذا لو حفر هذا الغلام بئرا ثم أعتق أبوه ثم وقع فيها انسان يقضى بالدية على عاقلة الام لان العبرة بحالة الحفر ومن نظيره حربى أسلم ووالى رجلا فجنى ثم أعتق أبوه جر ولاءه لان ولاء العتاقة أقوى وجنايته على عاقلة من والاه لان العبرة لوقت الجناية وتحول الولاء بسبب حادث فلا يعتبر فى حق تلك الجناية فلا يتبدل وان لم يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت حالة خفيت فيه تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع وذلك مثل دعوة ولد الملاعنة وولد المكاتب اذا مات المكاتب عن وفاء وأمر الرجل الصبى بالجناية ولو لم يتبدل حال الجانى ولم يظهر فيه الحالة الحقيقية ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك الوقت القضاء لا غير فان قضى بها على الاول لم تنتقل الى الثانى والا قضى بها على الثانية وذلك مثل أن يكون من ديوان أهل الكوفة ثم جعل من ديوان أهل البصرة فان لم يكن فيه شئ مما ذكرنا لكن لحق العاقلة زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الفصل وتأمل فيه أمكنه تخريج المسائل ورد كل واقعة من النظائر والاضداد الى أصلها قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق فى أول باب جناية المملوك ان أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه ان ذلك مبنى على الغالب اه أقول يأبى هذا الجواب قول المصنف هنا فلا عاقلة بعد قوله انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى فى الجواب ان يقال المراد هناك نفى الوقوع أى لم يقع

التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أى لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضره اختلاف مللهم فتبصر والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الوصايا ﴾

قال الشراح ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة اذ آخر الاحوال فى الآدمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول يرد عليه ان كتاب الوصايا ليس بمورود فى آخر هذا الكتاب وانما المورود فى آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من أصحاب التصانيف أوردوه فى آخر كتبهم لكن الكلام فى شرح هذا الكتاب و يمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر فى قولهم فى آخر الكتاب على الاضافى فان آخره الحقيقى وان كان كتاب الخنثى الا ان كتاب الوصايا أيضا آخره بالاضافة الى ماقبله حيث كان فى قرب آخره الحقيقى ومن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا فى أوائل كذا أو أواخره فان صيغة الجمع لا تمشى فى الاول الحقيقى والآخر الحقيقى وانما المخلص فى ذلك تعميم الاول والآخر للحقيقى والاضافى والكلام فى الوصية من وجوه الاول فى تفسيرها لغة والثانى فى تفسيرها شرعا والثالث فى سبب المشروعية والرابع فى ركنها والخامس فى شرطها والسادس فى صفتها والسابع فى حكمها والثامن فى دليل مشروعيتها أما الوصية فى اللغة فهى اسم بمعنى المصدر الذى هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمى الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها و فى الشريعة ﴿الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت﴾ بطريق التبرع سواء كان ذلك فى الاعيان أو فى المنافع كذا فى عامة الشروح أقول وهذا التعريف ليس بجامع لانه لا يشمل حقوق الله تعالى والدين الذى فى ذمته ولو قال المؤلف هى طلب براءة ذمته من حقوق الله تعالى والعباد مالم يصلهما أو تمليك الى آخره لكان أولى لا يقال ادخال أو فى الحدود لا يجوز لان الحدود الحقيقية لا تعدد فيها لانا نقول اذا أريد تعريف الحقيقة فى ضمن الافراد جاز ذلك كما تقرر قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء فى اللغة طلب فعل من غيره ليفعله فى غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفى الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور فى عامة الكتب وذكر فى الايضاح ان الوصية هى ما أوجبه الانسان فى ماله بعد موته أو فى مرض موته والوصية بهذا المعنى هى المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسئلة حقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصى مذكورة فى كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق ان هذه الالفاظ كما انها موضوعة فى الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شئ من غيره ليفعله له بعد مماته فقد نقل هذا عن شيخ الاسلام خواهرزاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام فى المعنى الاول وبالى فى المعنى الثانى فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على انها من فروع المعنى الثانى لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل الذكر الحسن فى الدنيا ووصول الدرجات العالية فى العقبى وأما شرائطها فكون الموصى أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية تصح والا فلا وانما تعرف حياته فى ذلك الوقت بان ولدته قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز الا باجازة الورثة وأن لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيأ قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا فى الحال أو معدوما وان يكون أيضا الموصى به بقدر الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا فى النهاية وفى العناية أيضا بطريق الاجمال و فى الاصل ومن شروطها كون الموصى أهلا للتبرع فلا تصح من صبى ولا عبد وأقول فيه قصور بل خلل أما أولا فلانه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصى مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا لتركته والشرط عدم هذا الدين المقيد لا عدم الدين المطلق كما صرح به فى البدائع وغيره وأما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا ألا ترى انهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته فى ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين فى الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور فى عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا وأما ثالثا فلانه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به مقدار الثلث لا زائدا عليه وهو ليس بسديد على اطلاقه فان الموصى اذا ترك ورثة فانما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم تجز الورثة وان أجازوه صحت وصيته به وأما اذا لم يترك وارثا فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر فى موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بان

يكون له وارث وأخرى بان لا يجيزه الوارث والله أعلم وأما ركنها فقوله أوصيت بكذا وأما صفتها فقد ذكرها المؤلف وأما حكمها فالموصى له يملك المال بالقبض وأما سبب مشروعيتها فقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين قال رحمه الله ﴿وهى مستحبة﴾ يعنى الوصية مستحبة أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ماسيأتى من التفصيل فى الكتاب من ان الوصية بالثلث للأجنبى جائزة بدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى وانها لا تجوز للوارث والقاتل فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هى مستحبة أو جائزة اللهم الا أن يوجه قوله وهى مستحبة بان المراد به ان غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا انها مستحبة على الاطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التى فرط فيها والظاهر انها واجبة كما صرح به الامام الزيلعى فى التبيين قال فى العناية أخذا من النهاية فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له مروأة و يسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفى الوجوب لجواز الاباحة قال الشارح هذا اذا لم يكن عليه حق مستحق لله وان كان عليه حق مستحق لله كالزكاة والصوم أو الحج أو الصلاة التى فرط فيها فهى واجبة والقياس يأبى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال الملك ولو أضافه الى حال قيامه بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا ان الشارع أجازه لحاجة الناس اليها لان الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافى مافاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما يبقى فى قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام ان الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم وعليه اجماع الامة ثم تصح الوصية للاجنبى بالثلث من غير اجازة الوارث ولا تجوز بما زاد على الثلث لما روى عن سعد بن أبى وقاص انه قال جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتدبى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ماترى وأناذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى قال لا قال قلت فالشطر يارسول الله قال لا قال قلت فالثلث قال فالثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير لك من ان تذرهم عالة يتكففون الناس ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا ان الشرع لم يظهر فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره فى حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التأذى بالايثار وقد جاء فى الحديث انه عليه الصلاة والسلام قال الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث و بالوصية للوارث وقوله مستحبة الخ الافضل لمن كان قليل المال أن لا يوصى بشئ والافضل لمن كان له مال كثير أن يوصى بما لا معصية فيه وقدر الاغنياء عند الامام اذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة آلاف دون الوصية وعن الامام الفضل عشرة آلاف وفى الموصى الذى أراد أن يوصى ينبغى أن يبدأ بالواجبات فان لم يكن عليه شئ من الواجبات بدأ بالقرابة فان كانوا أغنياء فالجيران وفى الفتاوى عامل السلطان أوصى بان يعطى للفقراء كذا كذا من ماله قال أبو القاسم ان علم بانه مال غيره لا يحل أخذه وان علم انه مختلط بمال غيره جاز أخذه وان لم يعلم لا يجوز حتى يتبين انه ماله قال الفقيه أبو الليث الجواز قول أبى حنيفة لانه ملكه بالخلط وعلى قولهما لا يجوز وفى الخانية اذا أوصى ان ينفق على فرس فلان جاز وهى وصية لصاحب الفرس قال رحمه الله ﴿ولا تصح بما زاد على الثلث﴾ فهذه العبارة أولى من عبارة الهداية حيث قال ولا تجوز لانه يلزم من عدم الصحة عدم الجواز ولا يلزم من عدم الجواز عدم الصحة والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ حتى لا ينفذ بل يتوقف على الاجازة كما سيأتى ان شاء الله تعالى قال بعض المتأخرين يعنى لا يجوز بما زاد على الثلث حتى لا يجوز فى حق الفاضل على الثلث بل فى حق الثلث فقط لانه لا تجوز هذه الوصية أصلا فان قلت كيف جاز استعمال اللفظ فى بعض مدلولاته دون بعض وباى وجه أمكن ذلك قلت يجعله فى حكم وصايا متعددة بان يجعل قوله أوصيت لفلان بثلثى مالى فى قوة قوله أوصيت له بثلثه دون الزائد والوصية تارة تكون منجزة وتارة معلقة بشرط فيجب أن يعلم بان تعلق الوصية بالشرط جائز وفى نوادر بشر عن أبى يوسف فى الاملاء اذا أوصى بثلثه لرجل

على

على ان يحج عنه فهذا جائز ان قبل ذلك الموصى له ابن سماعة عن أبي يوسف اذا قال في وصيته ينفق على فلان كذا والموصى له غائب أومات الموصى وهو غائب فهو بمنزلة رد الوصية ولا شيء له وكذلك ان قدم فلم يقبل وان قدم وقبل فله ما مضى قال أبو يوسف رجل أوصى بثلث ماله لرجل وقال ان أبى فهو لفلان فمات الموصى له الاول أولم يأب فالثلث للاول ولو أبى كان للآخر ولو قال ثلثي وصية لفلان فان لم يشأ ذلك فلفلان فهو مثل الاول ولو قال ثلثي وصية لفلان ان شاء وان أبى فهو لفلان فمات الموصى له قبل أن يتكلم بشيء فالثلث مردود على الورثة ابن سماعة عن محمد رجل أوصى لرجل بوصية وقال ان لم يقبل فلان ما أوصيت له به أو قال ان رد فلان ما أوصيت به فهو لفلان فاذا الموصى له الاول حيا أو كان حيا فمات قبل الموصى ولم يعلم بالوصية قال هي للثاني كلها ان أسلمت جاريتي هذه فاعتقوها فباعوها قبل أن تسلم ثم أسلمت بعد مضي البيع صح ولا ترد قال أبو حنيفة اذا قال أوصيت ان يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو لفلان فقال فلان لا أقبل الوصية قال يخدم الورثة سنة ثم الموصى له ولا تبطل وصيته للثاني باباء الاول الخدمة قال اعطوه فلانا بعد السنة فان مات فلان خدم تمام السنة للورثة ثم يدفع الى الموصى له بعد تمام السنة وقال أبو حنيفة هذه وصية فيها يمين وليست المسئلة الاولى كهذه ابراهيم بن رستم عن محمد قال أرضي التي في موضع كذا وغلامي فلان لام ولده فيصير ميراثا منها ابن سماعة عن أبي يوسف أوصى أن ينفق على أم ولده ما قامت على ولدها وقال ان تزوجت فلا شيء لها فتزوجت وطلقها زوجها فرجعت الى ولدها لم يرد عليها ما كان أوصى به لها وقد بطل ذلك وكذلك ان خرجت من بلادها الى بلاد أخرى ولو خرجت من دارها أو جاء منها شيء يعرف انها قد تركتهم ولم تقم عليهم فلا هذه الدار لك على ان تحج في سبيل الله أو قال هذه الدابة لك على أن تغزو عليها في سبيل الله قال هي له وله أن يصنع بها ما شاء عن أبي يوسف رجل أوصى بثلث ماله لرجل وشرط عليه أن يقضي دينه معناه شرط الموصي على الموصى له أن يقضي دين الموصي فهذا على وجوه ان كان الدين مجهولا أو كان معلوما الا ان الثلث مجهول فالوصية باطلة وان كان الدين معلوما والثلث معلوما فان لم يكن في الثلث ذهب ولا فضة فهو جائز ويجب له الثلث بالدين اذا قبل كما يجب في البيع وان كان في الثلث دراهم ان كان أكثر من الدين فان هذا لا يجوز من قبيل ان هذا بيع دراهم بدراهم وفضل عروض سوى ذلك وان كانت الدراهم التي في الثلث أقل من الدين جاز فان قبض الثلث ساعة يموت أو قبض الدراهم التي في الثلث ساعة يموت وقضى الدين ساعته انتقص ذلك في الدراهم ما يخصه وجاز في العروض أوصى بألف درهم على أن يقضي عنه فلانا خمسمائة لا يجوز ولو قال على أن يقضي فلانا منها خمسمائة جاز العلاء في نوادر هشام عن أبي يوسف اذا قال اذا مت وهذان العبدان في ملكي فهما وصية لفلان فمات أحد العبدين ثم مات الموصى والثاني في ملكه فالوصية باطلة ولو قال ان مت وفلان وفلان حيان فهذا العبد وصية لهما فمات أحدهما قبل موت الموصى فان الثاني منهما يعطى نصف العبد قال واذا أوصى رجل لامته ان تعتق على أن تتزوج ثم مات الموصى فقالت الامة لا أتزوج فانها تعتق ويجب أن يعلم بان الموصى متى علق عتق مملوكه بشيء بعد موته فانه لا يخلو من وجهين أن يعلقه على فعل غير مؤقت بان قال هي حرة ان ثبتت على الاسلام بعد موتي أو أوصى أن يعتقوها بعد موته على أن لا تتزوج أو قال هي حرة بعد موتي ان لم تتزوج أو علق عتقه على فعل مؤقت بان قال ان مكثت مع ولدي شهرا فهي حرة أو قال أعتقوه ان لم يتزوج شهرا فان علق عتقه بالثبات على فعل غير مؤقت حال حياته بان قال لمملوكه حال حياته ان ثبت مع ولدي أو في هذه الدار شهرا فانت حرة فثبتت ساعة عتقت وكذا اذا علق عتقه بالثبات على فعل غير مؤقت بان أوصى بان يعتقوها على أن لا تتزوج أو قال ان لم تتزوج اذا قالت بعد موت المولى لا أتزوج فانها تعتق اذا كانت تخرج من ثلث ماله هكذا وقع في بعض النسخ وفي بعض النسخ اذا لم تتزوج يوما أو أقل أو أكثر فان الوصية لها صحيحة فان تزوجت بعد ذلك صح نكاحها ولا يبطل عتقها ووصيتها ولا يلزمها السعاية في شيء للورثة وهذا قول علمائنا الثلاثة قال أوصى لام ولده بالف درهم على ان تتزوج أو قال ان لم تتزوج ان قالت لا اتزوج بعد موت الموصى فانه يعطى لها وصيتها فان تزوجت بعد ذلك لا يسترد الالف منها ولو قال مالم تتزوج شهرا فهو على ما قال لا تستحق وصيتها مالم تترك التزوج شهرا واذ تزوجت قبل مضي الشهر تبطل وصيتها أوصى لها بالف درهم على أن تثبت مع ولدها فمكثت مع ولدها ساعة استحقت الوصية قال واذا أوصى لرجل بخادمه على ان يقيم مع ابنته ومع ابنه حتى يستغنيا ثم هي حرة فهذا على وجهين فاما كانا كبيرين أو كانا صغيرين فان كانا كبيرين فانها تخدم الابنة حتى تتزوج وتخدم الابن حتى يتاهل أو يجد ما يشتري به خادما يخدمه فيستغني عن خدمتها وان كانا صغيرين تخدمهما حتى يبلغا وان مات أحدهما أو ماتا جميعا قبل ان يستغنيا فان الجارية لا تعتق

وتبطل الوصية قال اذا أوصى لها بالعتق على أن تتزوج فلانا بعينه فقالت افعل تعتق من ثلثه و بعد هذا اذا أبت ان تزوج نفسها من فلان وفلان أجنبي لاشئ عليها قال ولو أوصى بعتق عبد له على ان لا يفارق وارثه أبدا وعليه دين يحيط به بطلت وصيته و بيع في الدين ولم يتعرض المؤلف لبيان مايدخل في الوصية بطريق التبع ومالا يدخل قال محمد الولد والكسب اذا ولدا قبل موت الموصى فانهما لا يدخلان تحت الوصية سواء كانا يخرجان من الثلث أولا يخرجان فاما اذا حدث الولد والكسب بعد موت الموصى ان حدثا يوم القسمة والتسليم لا يدخلان تحت الوصية ولا يسلمان للموصى له بحكم الوصية حتى لا يعتبر فيها الثلث والثلثان فاما اذا حدث الولد والكسب قبل قبول الموصى له قبل القسمة والتسليم هل يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث أولا يجعل موصى به حتى لا يكون للموصى له من غير اعتبار الثلث لم يذكر محمد هذا في شئ من الكتب نصا وقد اختلف فيه المشايخ المتأخرون ذكر القدورى أنه لا يصير موصى به حتى لا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو حدث بعد القسمة والتسليم ومشايخنا قالوا بانه يصير موصى به حتى لا يعتبر خروجه من الثلث كما لو وجد قبل القبول وفي نوادر ابراهيم عن محمد فيمن أوصى لرجل بحائط فهو بارضه كله وصية ولو أوصى بنخلة فهو على النخلة دون الارض قال انما تسمى نخلة وهى مقطوعة وهذا في عرفهم وفي عرفنا تسمى نخلة وهى قائمة أيضا فعليه تدخل أرضها وفي نوادر المعلى عن أبي يوسف أوصى لرجل بنخل كثيرا أو نخلة واحدة أو وهب أو تصدق أو باع فله ما على ظهر الارض ولو أوصى له بكرم أو بستان أو اجمة فله ذلك باصله ولا يشبهه هذه النخلة ٧ وذكر المعلى عن أبي يوسف اذا أوصى بنخلة لانسان ولآخر بثمرها فالوصية جائزة والنخل للموصى له بالنخل باصله وأرضه وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا أوصى بزق زيت فهو على الزق دون الزيت ولو قال بزق الزيت فهو على الزق وحده ولو بسفينة الطعام فهو على السفينة وكذلك على هذه الوجوه في راوية الماء وقوصرة التمر ولو أوصى لاحد بميزان فهو على العمود والكفتين والخيوط ولا يدخل فيه السنجات والغلاف وهذا اذا كان بغير عينه وأما اذا كان بعينه دخل فيه وقال أبو يوسف اذا أوصى لرجل بالميزان فله الكفتان والعمود ولا يكون له السجات وأما القبان فهو له برمانته وكفته وذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف عن أبي يوسف اذا أوصى لرجل بسيف فله النصل دون الجفن وهو قول أبي حنيفة وعنه أن له السيف مع جفنه ورواية ابن سماعة موافقة لرواية الاصل ولو أوصى بمصحف وله اذا أوصى غلاف فله المصحف دون الغلاف في قول أبي حنيفة وفي البقالى له بقبة تركية فهو له بالآلة فلو أوصى بحجلة فله الكسوة دون العيدان وفيه أيضا عن أبي يوسف أوصى لرجل بسرج فكل شئ علق به وحز فيه فهو له ولا يكون له غيره وذكر الحسن في كتاب الاختلاف عن أبي يوسف في الوصية بالسرج ان له الدرفتين والركابين ٧ والمرة لا يكون للبد والرفادة والصنفة وذكر ابراهيم عن محمد في رجل مات فاعتق عبده قال له كسوته ومنطقته وان قال متاعه يدخل فيه سيفه ومنطقته قال محمد هى وصية عبد الله بن المبارك لغلامه وفي نوادر بشر عن أبي يوسف أوصى لرجل بشاة من غنمه ولم يقل من غنمى هذه فاعطى الورثة الموصى له شاة قد ولدت بعد موت الموصى قال لا يتبعها ولدها ولو قال أوصيت لفلان بشاة من غنمى هذه فاعطوه شاة قد ولدت بعد موت الموصى ولدا قال يتبعها ولدها ولو استهلك الوارث الولد قبل ان يعطى الشاة فلا ضمان عليه وكذلك لو أوصى له بنخلة باصلها ولم يقل من نخلى هذا فهى مثل الشاة التى أوصى بها و يعطونه أى نخلة شاؤا دون ثمرتها التى أثمرتها في حياة الموصى أو بعد وفاته وان كانوا استهلكوا ذلك فلا ضمان عليهم ومما يتصل بهذا الفصل ما اذا أوصى أن تعتق جاريته هذه بعد موته ومات فقبل أن تعتق ولدت ولدا فهى مع ولدها يخرجان من الثلث عتقت الجارية ولم يعتق الولد وكذا لو أوصى بان تكاتب هذه الجارية بعد موته أو أوصى أن تباع هى من نفسها أو تعتق على مال فولدت ولدا بعد موت الموصى لا تنفذ الوصية في الولد ولو أوصى ان يتصدق بجاريته هذه على المساكين أو على فلان أو توهب من فلان فولدت ولدا بعد موته فتنفذ الوصية في الولد كما تنفذ في الجارية ولو أوصى بان تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم فولدت ولدا بعد موت الموصى بيعت هى ولا يباع ولدها ولو أوصى بان تباع جاريته هذه ويتصدق بثمنها على المساكين أو على فلان فولدت الجارية بعد موته ولدا فانه تنفذ الوصية في الولد ولو أوصى بان تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم فجاء عبد وقتلها فدفع بها أو قطع يدها فدفع بيدها أو وطئها واطئ بشبهة حتى غرم العقر فانه لا يباع العبد المدفوع ولا الارش ولا العقر فبعد ذلك ينظر ان كانت قد قتلت بطلت الوصية لفقدان محلها وان كانت قد قطعت يدها بيعت من الموصى له بنصف الثمن ان شاء ولو وطئت وهى ثيب لم ينقصها الوطء لا يحط شئ

من

من الثمن وكذلك اذا تلفت عينها أو يدها بآفة سماوية بيعت بجميع الثمن المشترى الا اذا صارت اليه أصلا فصار له حصته من الثمن ولو أوصى بان تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم ويتصدق بثمنها على المساكين فأبى فلان البيع بطلت الوصيتان جميعا وكذلك لو قتلت الجارية بعد موت الموصى وغرم القاتل قيمتها بطلت الوصيتان وكذلك اذا أوصى أن تكاتب جاريته و يتصدق ببدل الكتابة أو تباع من نفسها و يتصدق بثمنها على المساكين فولدت بعد موته ولدا بيعت هى وحدها ولم يبع معها ولدها وأما بيان الالفاظ التى تكون وصية والتى لا تكون وصية روى ابن سماعة فى نوادره عن محمد اذا قال الرجل اشهدوا انى أوصيت لفلان بألف درهم وأوصيت أن لفلان فى مالى ألف درهم فالالف الاولى وصية والاخرى اقرار والفرق ان أوصيت لما دخلت على أن المصدرية تستعمل بمعنى ذكرت ولهذا كان اقرارا بخلاف الاولى فانها على بابها وفى الاصل اذا قال فى وصيته سدس دارى لفلان وانى أجيز ذلك يكون وصية ولو قال سدس فى دارى لفلان وانى أجيز ذلك يكون وصية ولو قال لفلان سدس فى دارى فانه يكون اقرارا وعلى هذا اذا قال الرجل لفلان درهم من مالى يكون وصية استحسانا وان كان فى ذكر وصيته اذا قال فى مالى كان اقرارا واذا قال عبدى هذا لفلان ودارى هذه لفلان ولم يقل وصية ولا كان فى ذكر وصيته ولا بعد موتى كانت هبة قياسا واستحسانا وان قبضها فى حال حياته صح وان لم يقبضها حتى مات فهو باطل وان ذكرها فى خلال الوصية ذكر الشيخ الامام الزاهد أحمد الطواويسى فى شرح وصايا الاصل القياس أن يكون هذا وصية وفى الاستحسان لا يكون وصية واذا قال أوصيت أن يوهب لفلان سدس دارى بعد موتى كان ذلك وصية عملا بقوله بعد موتى فالهبة بعد الموت هى الوصية فتصح مع الشيوع ولا يشترط قبضه فى حياة الموصى ولو قال ثلث مالى لفلان أو قال سدس مالى لفلان ثم مات قبل أن يقبض فالقياس أن يكون هذا باطلا وفى الاستحسان يكون وصية جائزة وتأويله اذا قال ذلك فى خلال الوصايا يكون وصية ظاهرة فصار كأنه قال ثلث مالى وصية لفلان ولو قال هكذا فانه جائز وان كان قبل القبض وكذلك اذا قال بعد موتى لانه لما قال بعد موتى فانه نص على الوصية بخلاف ما اذا قال فى صحته ثلث مالى لفلان لانه لم يصرح بالوصية ولا ذكرها فى خلال الوصايا ولا اضافة الى ما بعد الموت فلا يجعل وصية بل يجعل هبة حتى لو ذكرها فى خلال الوصايا أو اضافة الى ما بعد الموت وكان ذلك فى حال الصحة يكون وصية والحاصل لا فرق بين حالة الصحة وحالة المرض وروى محمد عن أبى يوسف وعن أبى حنيفة فى رجل قال فى مرضه أو فى صحته ان حدث لى حادث فلفلان كذا هذا وصية وكذلك لو قال لفلان ألف درهم من ثلثى فهذا وصية وان لم يذكر فيها الموت ولو قال لفلان ألف درهم من ثلث مالى أو قال من نصف مالى أو قال من ربع مالى فهو باطل وفى الخانية قال ذلك فى صحته أو مرضه الا أن يكون عند ذكر الوصية وفى فتاوى الليث مريض قال أخرجوا ألف درهم من مالى أو قال أخرجوا ألف درهم ولم يزد على هذا ثم مات فان قال ذلك فى ذكر الوصية جاز وفى الخانية و يصرف الى الفقراء رجل حضرته الوفاة فقال له رجل ألا توصى فقال قد أوصيت بثلث مالى ولم يزد عليه حتى مات يدفع كل السدس للفقراء وفى الخانية مريض قالوا له لم لا توصى فقال قد أوصيت بان يخرج من ثلث مالى ألفان فيتصدق بألف على المساكين ولم يزد على ذلك حتى مات فاذا ثلث ماله ألفان قال الشيخ الامام أبو القاسم يتصدق بالالف ولو قال المريض أوصيت أن يخرج ثلث مالى ولم يزد عليه قال يتصدق بجميع الثلث على الفقراء وفى المنتقى اذا قال ان مت من مرضى هذا فامتى هذه حرة وما كان فى يدها فهو عليها صدقة قال أرى ذلك جائزا على وجه الصدقة وما كان فى يدها يوم مات وعليه البينة ان هذا كان فى يدها يوم مات ولو قال ان مت من مرضى هذا فغلمانى أحرار و يعطى فلان من مالى كذا وكذا ويحج عنى ثم برأ من مرضه ثم مرض ثانيا وقال للشهود الذين أشهدهم على الوصية الاولى أو لغيرهم اشهدوا أنى على الوصية الاولى قال محمد أما فى القياس هذا باطل لانه قد بطلت وصيته الاولى حين صح من مرضه ذلك لكنا نستحسن فنجيز ذلك منه و يتحاصون فى الثلث وعلى هذا القياس والاستحسان اذا قال أوصيت لعبد ابنه بمائة درهم وللمساكين بمائة درهم ثم قال ان مت من مرضى هذا فغلمانى أحرار ثم برأ ثم مرض ثانيا ولو قال ان لم أبرأ من مرضى وزاد فى فتاوى الفضلى أو قال بالفارسية الدين الدين بيمارى من ابدايارين بيمارى بمن مر خينئذ اذا برأ تبطل وصيته وفى الظهيرية ومجموع النوازل رجل قال لآخر فى وصيته بالفارسية بيمارى دارد فى ريدان مرابصين من فقد جعله وصيا فى تركته وكذا لو قال معدهم وبمر يامرهم وما يجرى مجراه ولو قال المريض عمر كان من ور يد من تحول بعد ان مات أو قال مرور بدان من أصابع فمات قال يصير وصية امرأة أوصت باشياء وقال فى ذلك حولسان من أما وكان

بهاهندان قال من هل تصح هذه الوصية وماذا يعطى قال هذه وصية لمن ليس هو من جملة أربابها والتقدير فى هـذا ذلك لما يخاطبه بذلك يعطى ماله أقرباؤها وقد يبطل ٧ اسم التذكرة الخانية مريض أوصى بوصايا ثم برأ من مرضه ذلك وعاش سنين ثم مرض فوصاياه ثابتة ان لم يقل ان مت من مرضى هـذا أوقال ان لم أبرأ من مرضى هـذا فقد أوصيت بكذا أوقال بالفارسية الدمن ارين سمارى غيرمن خينئذ اذا برأ بطلت وصيته ولوقال أبرأت غرمائى ولم يسمهم ولم ينوأحدا منهم بقلبه قال أبو القاسم روى ابن مقاتل عن أصحابنا انهم لايبرؤن رجل له دين على رجـل فقال لمديونه اذا مت فانت برىء من ذلك الدين قال أبو القاسم يجوز ويكون وصية من الطالب للمطلوب وفى النوازل سئل عن رجـل كان له على رجـل دين فقال له الطالب اذا مت فانت برىء من ذلك الدين قال يجوز وتكون وصية من الطالب للمطلوب اذا مات واذا قال ان مت فانت برىء من ذلك الدين قال لايبرأ وهو مخاطرة وهو بمنزلة قوله ان دخلت الدار فانت برىء مما عليك وفى المنتقى اذا قال الرجل ضعوا ثلثى حيث أمر الله تعالى يرد الى الورثة وفى الخلاصة ولوقال ثلث مالى حيثما يرى الناس أوحيثما يرى المسلمون قيل فى عرفنا ليست بوصية وفى العيون اذا قال انظروا الى كل مايجوز لى أن يوصى به فاعطوه فهـذا على الثلث ولوقال انظر واما يجوز لى ان أوصى به فاعطوه فالامر الى الورثة لانه يجوز أن يوصى بدرهم وبأكثر وقوله مايجوز لى كذا ذكرهما ههنا ومراده اذا كانت الورثة كبارا كلهم أما اذا كان فيهم صغير أومن فى معناه يجعل فى حقه كان الموصى أوصى بدرهم لاغير لانه هو المتيقن وسئل أبو نصر عمن قال ادفعوا هذه الدراهم أوهذه الثياب الى فلان ولم يقل هى له قال ان هذا باطل لان هذا ليس بوصية وسئل أبو نصر الدبوسى عمن قال فى وصيته ثلث مالى وقف ولم يزد على هذا قال ان كان ماله نقدا يعنى دراهم أودنانير وماأشبه ذلك فهذا القول منه باطل وصار كقوله هذه الدراهم وقف وان كان ماله ضياعا أونحوه صار وقفا على الفقراء وفى الظهيرية وقد قيل الفتوى على انه لايجوز مالم يبين جهة الوقف ولوأوصى رجل ان ماوجد مكتوبا من وصية والدى ولم أكن نفذتها تنفذ وأقر بذلك على نفسه اقرارا فى مرضـه قالوا هـذه وصية ان صدقته الورثة بتصديقهم وان كذبوه كان من الثلث بخلاف الدين وفى الخانية بخلاف الدين الذى لاطالب له الا الله تعالى وكان حكمه حكم الزكاة والكفارات وسئل محمد بن مقاتل عمن أوصى أن يعطى للناس ألف درهم قال الوصية باطلة ولوقال تصـدقوا بألف درهم فهو جائز ويعطى للفقراء وفى الخلاصة لوقال لعبده أنت لله لايعتق وقال محمد الوصية جائزة وتصرف الى وجوه البر وفى الخانية وفى مسئلة العتق ان أراد به العتق عتق وان أراد به انه لله لايلزمه شىء والوصية تارة تكون بالالفاظ وتارة تكون بالاشارة المفهمة قال فى فتاوى أبى الليث مريض أوصى وهو لايقدر على الكلام لضعفه فاشار برأسه يعلم منه أنه يعتمد قال ابن مقاتل تجوز وصيته عندى ولاتجوز عند أصحابنا وكان الفقيه أبو الليث يقول اذا فهم منه الاشارة يجوز وفى فتاوى أبى الليث اذا كتب وصيته ثم قال انفذوا مافى هـذا الكتاب تنفذ وصيته هكذا ذكر فى كتاب الشهادات قال الشيخ الامام أبو بكر محمـد بن الفضـل هو باطل لان هـذا يكون للاغنياء والفقراء جميعا ولوقال ست ورم ان مرور وان كسد كانت الوصية جائزة لان هـذا اللفظ يراد به القربة وقال الامام على بن الحسن السغدى قوله وان كسد ليس من لساننا فلاأعرف هـذا واذا قرىء صك الوصية على رجل فقيل له أهو كذا فاشار برأسه نعم يجوز ذلك على ماتقدم قال رحمه الله ﴿والجحود لايكون رجوعا﴾ يعنى لوجحد الوصـية فانه لايكون رجوعا وليس هذا كجحود الموكل الوكالة وجحود أحد الشريكين وجحود المودع الوديعة والمستأجرين فعلى رواية الجامع لايكون فسخا وعلى رواية المبسوط يكون فسخا وجـه رواية الجامع ان الجحود كذب حقيقة فانه قال أنا لم أوص ويحتمل الفسخ مجازا لأنهما يتفقان فى المعنى الخاص لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود الكذب لايكون رجوعا وان أراد الفسخ يجعل فسخا لا كذبا صونا لكلام العاقل عن الكذب والفساد وحملا لأمره على الصحة والسداد لقوله عليه الصلاة والسلام لاتظنن بكلمة خرجت من أحد شرا وأنت تجد لها من الخير محملا فلايجعل جحود الموصى فسخا منه لأنه ممن يتعود بالفسخ وسيأتى تمامه ان شاء الله تعالى قال أبو يوسف لوأوصى لرجلين ثم رجع عن احدى الوصيتين ولم يبين أيتهما تلك حتى مات فللوارث أن يبطل أيتهما شاء ويمضى الأخرى فان كان الوارث صغيرا فابو الوصى وان لم يكن له وصى فالحاكم ولوأوصى بارض ثم حفرها فهذا رجوع وان زرع فيها انسان فهو رجوع وان زرعها حنطة فليس برجوع لان حفر الكرم وغرس الاشجار للاستدامة والاستقرار ولم يتعرض المؤلف للرجوع عن بعض الوصـية ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة قال فى المبسوط ولوقال أوصيت بهذه الالف لفلان فقد أوصيت لفلان منها بمائة فليس هذا برجوع فالمائة بينهما نصفان تسعمائة

للاول لان عطف الوصية الثانية على الاولى فى المائة والعطف يقتضى الاشتراك مع المعطوف عليه فيما عطف وانما عطف فى المائة فيوجب الاشتراك بينهما فى المائة ولو قال قد أوصيت لفلان وفلان بألف الا بمائة لاحدهما فالمائة لهذا والتسعمائة للاول منهما وكذا هذا فى الاقرار وقدمرت فى الاقرار ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال قد أوصيت لفلان بما أحب من ثلثه فان أحب الثلث كله كان الثلث بينهما نصفين وان أحب كله الا درهما ضرب له بالثلث الا درهما لانه فوض الى الاول ارادة الوصية للثانى فما أراده الاول وأحبه يكون للثانى الا اذا أراد كله يكون الثلث بينهما كالو أوصى بالثلث لهذا وبالثلث لهذا فيكون الثلث بينهما نصفين لما يأتى فكذا هذا ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال بها فهو لفلان وارثى يكون رجوعا عن الاول ويكون وصية للوارث وحكمه انه يجوز ان أجازته الورثة ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثانى فلم تكن فبقى الاول على حاله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهو للوارث لبطلان الوصية الاولى بالرجوع والثانية بالموت وقد تقدم بعض هذه المسائل فراجعه

﴿باب الوصية بثلث المال﴾

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التى تتعلق بها فى هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا فى النهاية والغاية قال رحمه الله ﴿أوصى لهذا بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما﴾ أى اذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاول ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مائة درهم ولآخر بسدس ماله وليس له سوى السيف خمسمائة درهم نقدا وعروضا فما فضل على سدس السيف فهو لصاحبه والسدس بينه و بين صاحب السدس نصفان ولصاحب السدس سدس الخمسمائة عند أبى حنيفة وعندهما السيف بينهما على سبعة لصاحب السدس سبعه أما تخريج أبى حنيفة فلان القسمة فى السيف عنده على سبيل المنازعة لانه عين شائع فلا يكون ملحقا بالميراث فنقول اجتمع فى السيف وصيتان وصية بالثلث ووصية بالسدس فاجعل السيف على ستة أسهم ولا منازعة لصاحب السدس فيما زاد فيه وذلك خمسة أسهم تسلم للموصى له بلا منازعة بقى سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين فان كسره بالنصف فاضعف حتى يزول الكسر فاما التخريج لهما فلان القسمة عندهما على سبيل العول والمضاربة فيضرب الموصى له بالكل بستة و يضرب الموصى له بالسدس بسهم فصار السيف على سبعة ولو أوصى بثلث ماله لآخر مع هذا ولم تجز الورثة فصاحب السدس فى الثلث بسدس خمسمائة وثلث سدس السيف وصاحب السيف بخمسة أسداس السيف الاسدس سبعة عند أبى حنيفة لانه اجتمع فى السيف ثلاث وصايا وصية بالكل ووصية بالثلث ووصية بالسدس فاجعل السيف على ستة فلا منازعة لاحد فيما زاد على الثلث وذلك أربعة فسلم لصاحب السيف بقى سهمان لا منازعة لصاحب السدس فيما زاد على سهم واحد يدعيه صاحب السيف وصاحب الثلث فيكون بينهما نصفين فانكسر الحساب بالنصف فاضعف حتى يزول الكسر فصار السيف على اثنى عشر لصاحب السيف أربعة ونصف ضعفية فصار تسعة ولصاحب الثلث نصف سهم ضعفية بقى سهمان استوت منازعة الكل فيهما فيكون بينهم أثلاثا فانكسر بالاثلاث فاضرب اثنى عشر فى ثلاثة فيصير ستة وثلاثين لصاحب السيف سبعة صارت مضروبة فى ثلاثة فصار له ثلاثة والمنكسر سهمان ضربتهما فى ثلاثة فصارت ستة يستقيم بينهم لكل واحد سهمان ثم اجعل كل مائة من الخمسمائة على ستة وثلاثين لان القيمة فى السيف مائة وقد صار على ستة وثلاثين فاضرب خمسة فى ستة وثلاثين فصار مائة وثمانين فان أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلثه وذلك ستون ولصاحب السدس سدسه وذلك ثلاثون فلصاحب السيف سبعه وذلك ستة وثلاثون فصار سهام الوصايا مائة وستة عشر فان لم تجز الورثة يجعل الثلث على قدر سهام الوصايا وذلك مائة وستة عشر وجميع المال ثلثمائة وثمانية وسبعون والسبعة سدسه يكون ثلاثة وستين فيدفع اليهم من الثلث مثل ما كان يدفع عند الاجازة من جميع المال فيدفع الى صاحب السيف ستة وثلاثين والى صاحب الثلث ستين والى صاحب السدس ثلاثين فحصل سهام الوصايا مائة وستة مثل ثلث المال وأما

عندهما يقسم على سهام العول والمضاربة فيضرب صاحب السيف بالسيف كله وذلك ستة وصاحب الثلث بالثلث وذلك سهمان وصاحب السدس بسدس السيف وذلك سهم فصار السيف على تسعة ولما صار السيف وقيمته مائة على تسعة أسهم صار كل مائة من الخمسمائة على سبعة فيصير خمسة وأربعين وان أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلثه وذلك خمسة عشر ولصاحب السدس سدسه وذلك سبعة ونصف فان كسر السيف فاضعفه فصار سبعين واضعف السيف وذلك تسعة فيصير ثمانية عشر فضم ذلك تسعون فصار جميع المال مائة وثمانية لصاحب الثلث خمسة عشر أضعفناه فصار له ثلاثون ولصاحب السدس سبع ونصف أضعفناه فصار خمسة عشر ولصاحب السيف تسعة أضعفناه صار ثمانية عشر لو زادت سهام الوصايا على الثلث فهى لهم ان أجازه الورثة فان لم يجيزوا يقسم الثلث بينهم على قدر انصبائهم لا على قدر سهام الوصايا فيضرب كل واحد فى الثلث بجميع حقه والوصايا سدس وثلث وسدس أيضا لان السيف سدس جميع المال لان قيمته مائة وجميع المال ستمائة فيصير ثلث المال أربعة سدسان وثلث وذلك سهمان فيصير جميع المال اثنى عشر سهما لصاحب الثلث سهمان سدس فى السيف وخمسة أسداسها فى باقى المال فانكسر بالاسداس فاضرب أصل الفريضة وذلك اثناعشر فى ستة فيصير اثنين وسبعين كان لصاحب السيف سهم فى ستة فصار ستة كله فى السيف وكان لصاحب الثلث سهمان ضربناهما فى ستة صار اثنى عشر سدسه فى السيف وذلك سهمان والباقى فى المال فكان لصاحب السدس سهم ضربته فى ستة وهى له سهم فى السيف وخمسة أسهم فى باقى المال فبلغت سهام الوصايا أربعة وعشرين وذلك ثلث جميع المال قال رحمه الله ﴿وان أوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما اثلاثا﴾ معناه مع الوصية الاولى وهى الوصية بثلث ماله لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعى فضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس بينهما لانه الاقل فصار ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم واحد ولصاحب الثلث سهمان قال رحمه الله ﴿وان أوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه بينهما نصفان﴾ وهذا عند أبى حنيفة قال رحمه الله ﴿ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث الا فى المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة﴾ عنده وعندهما الثلث بينهما أرباعا بينهم سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع وقد بيناه فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفصيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفصيل فيثبت كما فى السعاية وأختيها ولأبى حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا يتصور نفاذها بحال فتبطل أصلا ولا يعتبر الباطل والتفصيل ثبت فى ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع فتبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة وأختيها لان لها نفاذا فى الجملة بدون اجازة الورثة بان كان فى المال سعة فيعتبر فيها التفاصل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا ولاحتمال ان يصل كل واحد منهم الى جميع حقه بان يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث وقال فى الهداية وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل انها لو هلكت التركة واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفى الدراهم المرسلة لو هلكت الدراهم تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث وقول المؤلف الا فى المحاباة أى فى ثلاث مسائل أحدها المحاباة والثانية السعاية والثالثة الدراهم المرسلة أى المطلقة وعندهما الثلث بينهما أرباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الوصية أخت الميراث والوارث يضرب بكل حقه فى التركة فكذا هذا وبه قالت الثلاثة وله أن الموصى له يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلاث الا باجازة الورثة ولم توجد بخلاف الدراهم المرسلة وأختيها لان لها نفاذا فى الجملة بدون اجازة الورثة بان كان فى المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا وصورة المحاباة ان يكون عبدان قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بان يباع واحد منهما بمائة درهم لفلان ولآخر بمائة لفلان آخر فقد حصلت المحاباة لاحدهما بالف درهم والآخر بخمسمائة فان خرج ذلك من ثلث المال أو أجازت الورثة جاز ذلك وان لم يكن له مال غيرهما أو لم تجز الورثة جاز محاباتهما بقدر الثلث فيكون الثلث بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا وجب أن لا يضرب

الموصى له بالف على قياس قوله با كثر من خمسمائة وستة وستين وثلثى درهم لان عنده الموصى له با كثر من الثلث لايضرب الا بالثلث وهذا ثلث ماله صورة السعاية أن يوصى بعتق هذين العبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما فان أجازت الورثة يعتقان معا وان لم تجز الورثة يعتقان من ثلث المال وثلث ماله ألف الثلث الذى قيمته ألف يعتق منه هذا القدر مجانا وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون والثلث الذى قيمته ألفان فى ألف وخمسمائة ثلاثة أرباع قيمته لانه حينئذ لا يضرب الذى قيمته ألفان الا بالف فوجب ان يكون بينهما نصفان صورة الدراهم المرسلة ان يوصى لاحدهما بالف ولآخر بالفين وثلث ماله ألف ولم تجز الورثة يكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب كل واحد منهما بقدر حصته فللموصى له بالالف ثلثه ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم وللموصى له بالفين صفقة ستمائة وستة وستون وثلثا درهم وكان قياس أصل أبى حنيفة ان يكون الالف بينهما نصفين كذا فى العينى قال فى المبسوط فصل فى البيع فى الثلث وهو على نوعين بيع لا محاباة فيه والثانى بيع فيه محاباة واذا ترك عبدا لا غير وقيمته ألف وقد أوصى ان يباع من فلان بالف ثم أوصى به فهو على ثلاثة أوجه أما ان أوصى بالعين أو بالمال أو بالثلث فان أوصى به بعينه بعد ذلك أو قبله لآخر فلم تجز الورثة أو أجازت ولم يجز صاحبه فللموصى له بالرقبة سدس العبد و يباع ما بقى من الآخر بخمسة أسداس الالف فيكون للورثة قيل هذا قولهما وعند أبى حنيفة نصف سدس العبد للموصى له بالرقبة ويباع خمسة أسداسه ونصف سدسه من الآخر بقيمته فيكون للورثة فتخريجهما ان حقهما فى الثلث قد استويا فى حق الوصايا عندهما لانه أوصى لكل واحد منهما بكل العبد لاحدهما بالبيع وللآخر بالرقبة فيجعل الثلث بينهما نصفين واذا صار الثلث على سهمين صار الكل على ستة أسهم يسلم للموصى له بالرقبة نصف الثلث وذلك سدس الكل و يباع الباقى من الموصى له بالبيع ويكون الثمن كله للورثة لا حق لصاحب الرقبة فيه لان الوصية بالرقبة وصية بالعين ألا ترى أنه لو هلكت العين بعد موت الموصى بطلت الوصية والتخريج لابى حنيفة أن للموصى له بالرقبة جزأ من اثنى عشر جزأ من الرقبة لان وصية صاحب الرقبة فيما زاد على الثلث تبطل ضربا واستحقاقا عنده فيضرب هو فى الثلث بقدر الثلث وللموصى له بالبيع يضرب بجميع الرقبة وذلك ثلاثة لان شيأ من وصيته لا يبطل بعد اجازة الورثة فصار الثلث على أربعة والعبد كله على اثنى عشر سهما يسلم لصاحب الرقبة سهم من ثلاثة وذلك جزء من اثنى عشر جزأ و يباع الباقى باحد عشر جزأ من الالف وقيل المذكور فى الكتاب قول الكل وان أجازوا ورضى بذلك صاحب البيع يضرب كل واحد بكمال وصيته فيقسم نصفين نصفه لصاحب الرقبة ونصفه يباع من الآخر فيكون ثمنه بين الورثة لان حقيهما قد استويا عند اجازة الورثة فتساويا ضربا واستحقاقا وقيل عند أبى حنيفة على أربعة أوجه والوجه الثانى لو أوصى ان يباع العبد من رجل بالف وأوصى بجميع ماله لآخر فهذا كالمسئلة الاولى فى قول أبى حنيفة الا أن صاحب الجميع يأخذ سدس الالف من الورثة من جملة الثمن مع أخذه من سدس الرقبة وفى المسئلة الاولى ليس له من الثمن شئ لانه أوصى له بالمال هنا والثمن لمالك الرقبة فيجوز تنفيذ ثمنه فى الثمن وهناك أوصى له بالعين وهى الرقبة والثمن غير فلا يمكن تكميل وصيته من الثمن وان أجازوا بيع نصف العبد ثم أخذ صاحب الجميع ثمنه فلا شئ للورثة وقيل عند أبى حنيفة ان لم يجيزوا فمن اثنى عشر كما فى المسئلة الاولى فهما مراعلى أصلهما وعلى قول أبى يوسف ينبغى ان يباع العبد كله من الموصى له بالبيع بالف ثم يعطى الموصى له بالمال ثلث الثمن لان هذا أمكن تنفيذ الوصيتين لاختلاف محل حقهما لان حق أحدهما فى الرقبة وحق الآخر فى مطلق المال والثمن مال كالرقبة فتنفذ كلاهما لهما لما مات الموصى جاء أولا تنفيذ الوصية ومحل ذلك ماله والرقبة ماله فتنفذ فيها ولا يجوز التأخير اذ فى التأخير توهم الابطال بهلاك الموصى به والوجه الثالث لو أوصى ان يباع من فلان بالف وأوصى بثلث ماله لآخر فقول محمد كقول أبى حنيفة فى هذا يأخذ صاحب الثلث جزأ من اثنى عشر جزأ من الرقبة ويباع الباقى من الموصى له بالبيع يأخذ أحد عشر جزأ من الالف الا أن صاحب الثلث يأخذ من الثمن تمام الثلث ثم موصى له بثلث ماله والثمن ماله وعند أبى يوسف يباع الكل من الموصى له بالبيع و يعطى من الثلث الثمن الى صاحبه ولو أوصى بالعبد الى رجل وقيمته ألف وأوصى ان يباع من آخر بمائة درهم فعند ابى حنيفة نصف السدس من العبد للموصى له به و يباع الباقى من صاحب البيع من ثلثى قيمة العبد فيسلم للورثة لان عنده يصير الثلث على أربعة أسهم لصاحب الرقبة ربع السدس وهو جزء من اثنى عشر جزأ و يباع الباقى من صاحب البيع بثلثى قيمة العبد بثلث قيمته وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان فيسلم ذلك للورثة لانهما وصيتان وصية بالبيع ووصية بالمحاباة فى الثمن لان الوصية بالمحاباة انما تنفذ

من الثلث فينظر الى مابقى من الثلث بعدما أخذ صاحب الرقبة وذلك ثلاثة أجزاء فيسلم ذلك المقدار له ومابقى وهو ثلث المال حق الورثة وعنده الوصية بالمحاباة مقدمة على سائر الوصايا ولكن محاباة منفذة تثبت فى ضمن عقد لازم لا يملك الموصى الرجوع عنها وهذا وصية بمحاباة غير منفذة وعند محمد لصاحب الرقبة سدس العبد و يباع الباقى بثلثى الالف لان حقهما فى الثلث على السواء فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه فيكون الثلث بينهما نصفين نصفه لصاحب الرقبة ونصفه يباع من صاحب البيع بثلثى القيمة فان كان أوصى بجميع ماله لرجل وان يباع من آخر بمائة ولم تجز الورثة فقياس قول أبى حنيفة ان يكون للموصى له جميع المال ثلث العبد و يباع مابقى وهو أحد عشر جزأ من اثنى عشر جزأ بمائتى سهم وثلث و بمائتى سهم وربع من أربعمائة أوسبعة عشر سهما من قيمة العبد يأخذ الموصى له بالمال خمسة أسهم وربع سهم من الثمن تمام وصيته ومائتان وثمانية وسبعون للورثة وعند محمد سدس العبد للموصى له بالمال و يباع خمسة أسداسه من الآخر بسبعة وعشرين من اثنين وأربعين من قيمة العبد سهم للموصى له بالمال تمام وصيته وثمانية وعشرون للورثة وهذه المسئلة ملقبة بالعروس لحسن تخريجها ووضوح طريقها أما تخريجها لمحمد ان حق الموصى فى الثلث على السواء فيسلم للموصى له بالمال نصف الثلث وهو سدس العبد و يباع خمسة أسداسه من الآخر بسبعة وعشرين من اثنين وأربعين من قيمة العبد اذ هذان وصيتان وصية بجميع المال ووصية بالمحاباة لصاحب البيع بسبعمائة الا أنه قد بطل من وصيته سدسه وذلك مائة وخمسون من تسعمائة لان سدس الرقبة صار مستحقا للموصى له بالمال بوصيته فبطلت فيه الوصية بالبيع والوصية بالمحاباة فى ضمن الوصية بالبيع فتبطل ببطلانها ألا ترى أن الموصى له بالبيع لو قال لا أريد الشراء وأريد المحاباة لا يكون له ذلك فبقيت الوصية فى سبعمائة وخمسين وهو يضرب بالثلث بهذا القدر والآخر يضرب بجميع المال وذلك القدر لانه وان أخذ سدس المال وكفى ولكن يضرب بجميع المال لتيقن مقدار حقه فيحسب عليه ما أخذ من الرقبة وهو السدس و يعطى له مابقى فصار حقه فى أربعة أسهم وحق الموصى له بالبيع فى ثلاثة أسهم كل سهم مائتان وخمسون فتكون جملته سبعة فصار الثلث على سبعة صار الكل احدى وعشرين فحق صاحب المال أربعة وقد سلم له ثلاثة ونصف وهو سدس العبد بقى له نصف سهم الى تمام حقه وحق الورثة فى أربعة عشر فظهر أن خمسة أسداس العبد تباع من صاحب البيع بأربعة عشر سهما سهم تمام حقه فقد نفذنا وصية المحاباة فى ثلاثة فتكون الجملة على سبعة والباقى للورثة وهو أربعة فاستقام الثلث والثلثان ومحمد أخرجه على ضعف ذلك تحرزا وأما تخريج أبى يوسف انه يباع جميع العبد من الموصى له بالبيع بثمانية وأربعين سهما من سبعة وخمسين سهما من قيمة العبد لانه اجتمع ههنا وصيتان وصية بالالف ووصية بالمحاباة بتسعمائة فاجعل كل مائة سهما فيصير حق أحدهما عشرة وحق الآخر تسعة فتكون جملته تسعة عشر سهما فهذه سهام الثلث فتكون الجملة سبعة وخمسين لصاحب المحاباة تسعة أسهم فيباع العبد بما بقى وذلك ثمانية وأربعون فيعطى لصاحب المال عشرة وللورثة ثمانية وثلاثين فاستقام الثلث والثلثان وأما تخريج أبى حنيفة وهو ان هنا وصيتين وصية بالالف ووصية بالمحاباة تسعمائة الا أن وصية الالف فيما زاد على الثلث تبطل ضربا واستحقاقا عند عدم اجازة الورثة فبقى حقه فى ثلث الالف و يبطل من وصية المحاباة سهم وذلك خمسة وسبعون لانه بطل الوصية بالبيع فى نصف سدس الرقبة لاستحقاق الموصى بالمال لما بينا فى حقه فى ثمانمائة وخمسة وعشرين لخمسة وعشرون ربع ماله وقد انكسر ذلك بالارباع وحق صاحب المال فى ثلث الالف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فقد انكسر بالاثلاث فاضرب ثلاثة فى أربعة فيكون اثنى عشر ثم اجعل كل مائة على اثنى عشر كل سهم ثمانية دراهم وثلث درهم فصار حق صاحب المال أربعين سهما وحق صاحب البيع تسعة وتسعين سهما فيكون الثلث مائة وتسعة وثلاثين سهما فيكون كل المال أربعمائة وسبعة عشر سهما لحق صاحب المال أربعون سهما وصل اليه من ذلك أربعة وثلاثون وثلاثة أرباع سهم لانه وصل اليه من العبد نصف سدسه وذلك جزء من اثنى عشر جزأ فصار العبد على أربعمائة وأربعة عشر سهما جزء من اثنى عشر جزأ منه يكون أربعة وثلاثين وثلاثة أرباع سهم بقى الى تمام حقه خمسة أسهم وربع سهم وحق الورثة مائتان وثمانية وسبعون واذا أوصى أن يباع من الرجل بألف وهى قيمته ولآخر بثلث ماله قال أبو يوسف لاشئ لصاحب الثلث من الرقبة و يباع العبد فيكون له ثلث ثمنه وقد ذكرناه هذا فيما أوصى لرجل بجميع ماله وقولهما فى هذا معروف قال رحمه الله ﴿و بنصيب ابنه بطل و بمثل نصيب ابنه صح﴾ أى الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة وقال زفر كلتاهما صحيحة لان الجميع ماله فى الحال وذكر نصيب

الابن

الابن للتقدير به ولانه يجوز أنه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه فقوله أوصيت بنصيب ابنى أى بمثل نصيبه ومثله شائع لغة قال الله تعالى واسأل القرية أى أهلها ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا أوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشئ غيره وانما يجوز حذف المضاف اذا كان هناك ما يدل عليه كما فى الآية لان السؤال يدل على المسؤل وهو الاهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز وفى الاصل الوصية بنصيب الابن أو بمثل نصيب الابن ان لم تجز الورثة لم يجز أو يجز بعضهم وقال محمد رجل هلك وترك أما وأبا وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت فالوصية من سبعة عشر منها الموصى له خمسة أسهم وللام سهمان وللاب عشرة أسهم قال ولو ترك ابنا فاوصى بنصيب ابن آخر لو كان وأجازت الورثة الوصية فالفريضة من خمسة عشر للموصى سبعة أسهم وللابن سبعة وكذلك اذا أوصى بمثل نصيب ابنه لو كان الجواب كما قلنا وفى شرح الطحاوى قال ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه فهذا لا يخلو اما ان كان أوصى له بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابنه كان له ابن أو لم يكن ابن أو ابنه فلو كان وليس له ابن ولا ابنه فانه تجوز الوصية فان كان أكثر من الثلث فيحتاج الى اجازة الورثة فان كان ثلثا أو أقل جازت من غير اجازة نحو ما اذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد صار موصيا له بنصف المال ولو كان له ابنان يكون بينهما نصفين كذلك ههنا يكون المال بينهما نصفين نصف للابن ونصف للموصى له ان أجاز الابن وان لم يجز الابن فللموصى له الثلث وان كان له ابنان فانه يكون للموصى له ثلث المال ولا يحتاج الى الاجازة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنة واحدة فانه يكون للموصى له نصف المال ان أجازت الابنة وان لم تجز فله الثلث ولو كانت له ابنتان والمسئلة بحالها فيكون للموصى له ثلث المال ولو أوصى بنصيب ابن لو كان فالجواب فيه كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه قال واذا هلك الرجل وترك أخا وأختا وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان فأجاز فللموصى له جميع المال ولا شئ للاخ والاخت ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان للموصى له نصف المال ان أجازوا وان لم يجز فللموصى له ثلث المال ان أجاز أو لم يجز روى بشر عن أبى يوسف وفى الامالى هلك وترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بمثل نصيب أحد الابنين ولم تجز الورثة قال الثلث بين الموصى لهما يضرب فيها صاحب النصف بنصف المال والآخر بتسع المال فان أجاز الابنان وصيتهما يأخذ صاحب النصف تمام النصف أربعة ونصفا من تسعة وصاحب مثل النصيب يأخذ سهمين من تسعة ويبقى للابنين تسعان ونصف ولو كان أوصى لرجل بنصيب أحد الابنين وأوصى لآخر بمثل نصيب الآخر وأجاز الابنان كان لهما نصف المال وللابنين النصف ولو لم يجيزا فالثلث بينهما نصفان وان أجاز أحدهما دون الآخر فللذى أجاز الربع اعتبار الوجود الاجازة وللذى لم يجز الثلث قال واذا هلك الرجل وترك أبا وابنا وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابن لو كان وأجاز فللموصى له خمسة من أحد عشر وللاب سهم وللابن خمسة وان لم يجيزا فللموصى له الثلث أولا والباقى بين الاب والابن أسداسا وان أجاز أحدهما دون الآخر وذكر فى الكتاب انه ينظر الى حال الاجازة وحال عدم الاجازة فالفريضة عند الاجازة من أحد عشر للموصى له خمسة وعند عدم الاجازة الفريضة من تسعة للموصى له ثلثه فيضرب أحد الفريضتين فى الاخرى فيصير تسعة وتسعين فعند عدم الاجازة للموصى له الثلث ثلاثة وثلاثون وللاب سدس وما بقى أحد عشر وللابن خمسة من أحد عشر وللابن خمسة أسداس وما بقى خمسة وخمسون وعند الاجازة للموصى له خمسة من أحد عشر مضروبا فى تسعة فيكون خمسة وأربعين وللاب سهم مضروبا فى تسعة فيكون تسعة فتفاوت ما بين الحالتين فى حق الموصى له اثناعشر سهما من ذلك من نصيب الاب وذلك من تسعة الى أحد عشر وعشرة من نصيب الابن وذلك من خمسة وأربعين الى خمسة وخمسين فاذا أجاز ٧ ولو قال أوصيت بثلث مالى للمسجد جاز عند محمد وقال أبو يوسف لا يجوز الا أن يقول ينفق على المسجد وفى الخانية ولو أوصى بثلث ماله للمسجد وعين المسجد أو لم يعين فهى باطلة فى قول أبى يوسف جائزة فى قول محمد ولو أوصى بأن ينفق ثلثه على المسجد جاز فى قولهم وفى النوازل اذا أوصى لارباب المسجد المعين وعمارته فى ثمن آجر وجبس وغيره فيما احتيج اليه وما كان فيه مصلحة جاز ولو بجنب هذا المسجد نهر يجرى ماؤه بالمسجد ففسد النهر ولم يصل الى المحلة جاز أن ينفقوا منها فى ذلك عند تبين الضرر وفى العيون عن محمد اذا قال ثلث مالى للكعبة جاز ويعطى مساكين مكة ولو قال لثغور فلان فالقياس ان يبطل وفى الاستحسان يجوز الظهيرية ولو قال لبيت المقدس جاز وينفق عليه وفى سراجه قيل هذا فى عرفهم ولو أوصى بثلث ماله يسرج به فى المسجد يجوز ولو أوصى بثلث ماله للسراج لا يجوز وهو نظير ما لو أوصى بدرهم لشاة فلان أو برذون فلان فانه لا يجوز ولو أوصى بثلث ماله ليعلف به دواب فلان يجوز ونظيره لو أوصى بثلث ماله فى اكفان فقراء المسلمين يجوز ولو أوصى بثلث ماله لموتى الفقراء لا يجوز فلو أوصى بمثل نصيب أحدهما وثلث أو ربع ما بقى ودرهم للآخر

وصورة المسئلة رجل مات وترك ثلاث بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم ودرهم وثلث وربع ما بقى من الثلث فيجعل ثلث المال سهاما ولو أحاط بالنصيب سهما وبالدراهم سهما لانه متى كان فى الوصية درهم يجعل لكل سهم درهم حتى يصير الحساب كله جنسا واحدا فاذا ذهب اثنان من أربعة عشر يبقى اثناعشر فاعط بالثلث سهمين وبربعه سبعة يبقى خمسة فاعط بالدرهم الاخير سهما يبقى أربعة فهذه فاضلة عن سهام الوصايا ترد الى الورثة فرده الى ثلث المال فيصير أربعة وثلاثين وحاجتنا الى ستة لا نالو أعطينا بالنصيب سهمين فيجب ان يكون نصيب الابنين ستة والخطا الثانى وقع بزيادة مائة وعشرين والاول بزيادة تسعة وعشرين فاضرب الثلث الاول فى الثانى وهو ثمانية وعشرون يصير اربعمائة وخمسة وثلاثين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة وأربعون فهذا هو الثلث واذا أردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الاول وهو سهم فى المقطع الثانى وهو ثمانية وعشرون فيصير ثمانية وخمسين ثم اطرح الاكثر من الاقل يبقى ثلاثون فظهر عند النصيب ثلاثون وثلث المال ثلاثة وأربعون فيعطى بالنصيب من الثلث ثلاثين يبقى ثلاثة عشر فيعطى بالدراهم سهم يبقى اثناعشر سهما فيعطى ثلث ما بقى وربعه سبعة بقى خمسة فيعطى من الدرهم الآخر سهم يبقى أربعة فرده الا ربعة الى ثلثى المال وبيان تعليله فى المحيط وأما لو أوصى بمثل نصيب الابن الاثلث ما بقى من الثلث صورتها ترك ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم الاثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة تسعة وثلاثون والثلث ثلاثة عشر والنصيب بعد الابنين شبهة وبيان تخريجه فى المحيط وأما لو قال فى المسئلة المتقدمة الاثلث ما بقى من الثلث بعد الوصية فأصل الفريضة ماذكرنا فى الفصل الاول وأما لو قال فى صورة المسئلة الاثلث ما بقى مطلقا قال عامة مشايخنا عن أبى يوسف والحسن بن زياد يخرج كما خرجنا فى الفصل الاول قال محمد يخرج على الفصل الثانى وما بمثل نصيب الابن الامثل نصيب الآخر فلو مات عن ابن واحد وأوصى لرجل بمثل نصيبه الابمثل نصيب آخر لو كان له الثلث أجاز الابن أو لم يجز وان ترك ابنين وأوصى بمثل نصيبه الا مثل نصيب آخر لو كان له الثلث اجاز الابن أو لم يجز وان ترك ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم الرجل الامثل نصيب الواحد لو كان أو أوصى لآخر بثلث ما بقى من الثلث فالقسمة خمسة عشر سهمان لصاحب النصيب وسهم لصاحب ثلث ما يبقى ولكل ابن ست وتخريجه فى المحيط قال رحمه الله ﴿فان كان له ابنان فله الثلث والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة﴾ لانه أوصى له بمثل نصيب ابنه لكل واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد ان يجعله مثل ابنه الاأن يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم قال رحمه الله ﴿وبسهم أوجزء من ماله فالبيان الى الورثة﴾ أى اذا أوصى بسهم أوجزء من ماله كان بيان ذلك الى الورثة فيقال لهم أعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لاتمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى فكان اليهم بيانه سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروى عن أبى حنيفة ان السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود وعن اياس ابن معاذ وقال فى الجامع الصغير له أخس سهام الورثة الاأن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس وقال فى الاصل له أخس سهام الورثة الاأن يكون أكثر من السدس فلا يزاد عليه جعل السهم يمنع النقصان وذكر فى الهداية انه يمنع الزيادة ثم قال فى تعليقه انه يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفا لاسيما فى الوصية فيصرف اليه وهذا فى عرفهم وأما فى عرفنا فهو الذى ذكرناه أولا قوله ويجزئ قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحدا لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهلا تجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغى ان تقبل وتجبر ورثته على البيان اهـ ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ماذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا فات الخبر فى حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم تنب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الابعد موت الموصى فقبل موته لايجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لحق ثابت قال رحمه الله ﴿قال سدس مالى لفلان ثم قال ثلث مالى له فله ثلث ماله﴾ لان الثلث متضمن للسدس فيدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث قال رحمه الله ﴿وان قال سدس مالى لفلان ثم قال سدس مالى له فله السدس﴾ يعنى سدسا واحدا سواء قال ذلك فى مجلس واحد أو فى مجلسين لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرف اذا أعيد معرفا كان الثانى عين الاول وهكذا قال ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين وفى الهداية ولو قال

ثلث

ثلث مالى لفلان وسدس مالى له وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لان الكلام الثانى يحتمل انه أراد به زيادة الثلث على الاول حتى يتم له السدس ويحتمل انه أراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا فى السدس حملا لكلامه على المتيقن هذا هو المذكور فى الشروح قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما ترى حمل الكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به يتعين على الاحتمالين الثلث قلنا ما يثبت به من الوصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأوطمما الى هنا كلامه قال رحمه الله ﴿وان أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه له ما بقى﴾ أى اذا وصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع ما بقى من الدراهم والغنم وقال زفر له ثلث ما بقى من ذلك النوع لان كل واحد منهما شركة بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقى كذلك فصار كما اذا أوصى به أجناسا مختلفة ولنا ان حق بعضهم يمكن جمعه فى البعض الباقى فصار كما اذا أوصى بدرهم أو بعشرة دراهم أو بعشرة رؤس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله الا القدر المسمى فانه يأخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة فانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما والمال المشترك انما يهلك الهالك منه على الشركة ان لو استوى الحقان أما اذا كان أحدهما مقدما على الآخر فالهالك يصرف الى المؤخر كما اذا كان فى التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فان الهالك يصرف الى المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة على الارث لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فيصرف الهلاك الى الارث تقديما للوصية على وجه لا ينقص حق الورثة على الثلثين من جميع التركة لانه لا يسلم للموصى له شئ حتى يسلم للورثة ضعف ذلك وكذا اذا هلك البعض فى المضاربة يصرف الهلاك للربح لان رأس المال مقدم على ماعرف فى موضعه الاصل فى هذا الباب أن يحتاج الى معرفة الوصية المقيدة والمطلقة والعين والدين كما سبكه المؤلف وأنواع الوصية بهما وأحكامها قال أبو يوسف العين الدراهم والدنانير دون التبر والحلى والعروض والثياب والدين كل شئ يكون واجبا فى الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك لان العين عند الاطلاق ينصرف للذهب والفضة المضروبين وأما غيرهما فيسمى فى اللغة عروضا وسلعة وحليا وصياغة وأما أنواع الوصية بهما فالوصية نوعان مرسلة ومقيدة فالمرسلة أن يوصى بجزء شائع من ماله نحو ان يوصى بثلث ماله وربعه والمقيدة أن يوصى بثلث مال بعينه بان يوصى بثلث دراهمه أو دنانيره أو بثلث الغنم فالوصية المقيدة حكمها أن يكون حقه مقدما على حق الورثة وعلى حق الوصية المرسلة ولو هلك شئ منها قبل القسمة يصرف الهلاك الى الورثة لا الى الموصى له حيث كانت الوصايا تخرج من ثلث مال الميت بان كان له مال آخر يعطى للموصى له كل الموصى به لانه قيدها بنوع من المال فتقيد بذلك النوع ولهذا لا يزداد حقه بزيادة مال الميت وكذا لا ينقص بنقصانه لان حقه لم يثبت شائعا فى جميع التركة فكان حقه مقدما على حق الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فصار الهلاك مصروفا الى المؤخر حقه لا الى المقدم لانه ما لم يفضل عن الوصية لا يصير حقا للورثة وانما حكم الوصية المرسلة فهو أن صاحبها بمنزلة واحد من الورثة لان حقه ثبت شائعا فى جميع التركة حتى يزاد حقه بزيادة المال وينقص بنقصانه كحق الورثة فصارت التركة كالمشتركة بينه وبين الورثة فما توى من شئ من التركة يتوى على الشركة وما بقى يبقى على الشركة فكان وارثا حكما ومعنى وموصى له اسما والعبرة للحكم والمعنى ولهذا لو اجتمع فى التركة وصية مقيدة ووصية مرسلة تقدم الوصية المقيدة ثم تقاسم الوصية المرسلة مع الورثة على قدر حقوقهم وأما ما يتعلق بمسائل الهلاك والاستحقاق فلو أوصى لرجل بثلث ماله فما هلك أو استحق فهو على الحقين لان الوصية مطلقة مرسلة لانه أضاف الوصية الى جميع ماله على العموم والشيوع فيكون له ثلث كل شئ من ماله فكان شريكا فى التركة بمنزلة أحد الورثة فما هلك يهلك على الشركة فان أوصى بثلث الدراهم وثلث الدنانير ثم هلك عشرون دينارا بعد موت الموصى أو قبل موته كان له ثلث ما بقى نصفه من الدراهم ونصفه من الدنانير لان هذه وصية مقدمة لانه أوصى له بثلث دراهمه ودنانيره فقد قيد الوصية بنوع مال مخصوص ولم يضفها الى مال مرسل فكانت وصية مقيدة فتعلق بذلك المال بقاء وبطلانا ولو كان أوصى بسدس الدراهم وسدس الدنانير أخذ السدس كله من الباقى لان الهلاك مصروف الى حق الورثة فيبقى حق الموصى له فى سدس جميع المال وذلك خمسة دنانير كما كان قبل الهلاك فكان له خمسة دنانير من العشرة الباقية اذ أصله ثلاثون وخمسون درهما من الدنانير وكذلك الابل والبقر على هذا واذا مات عن ألف وعبد

قيمته ألف وأوصى أن يعتق عبده ولرجل بثلث ماله ولآخر بسدس ماله فالثلث بينهم على أحد عشر للعبد ستة ولصاحب الثلث أربعة ولآخر واحد ففى هذه المسئلة يقسم على سبيل العول والمضاربة لا على سبيل المنازعة بالاجماع لان المنازعة لا تتحقق ههنا لانه لا يجتمع فى رقبة العبد وصيتان لان حق الموصى له بالثلث فى السعاية لا فى الرقبة لان الموصى له بثلث مال مطلقة بمنزلة أحد الورثة وحق الورثة فى السعاية اذا كان العبد موصى بعتقه لانهم لا يملكون العبد الموصى بعتقه وان كان لا يخرج من الثلث لانه معتق البعض ومعتق البعض لا يملك وكذلك الموصى له بالثلث مرسلا واذا لم يثبت حقه فى رقبة العبد فلا تنازع فى العبد فيقسم على سبيل العول والمضاربة لا على سبيل المنازعة والوجه فيه ان يحتاج الى فريضة لها نصف وثلث وسدس لان العبد موصى له بنصف ماله لان ماله ألفان ألف وعبد قيمته ألف ولآخر ثلث ماله ولآخر سدس ماله وأقل حساب يخرج منه هذه السهام اثنا عشر فنصفه ستة وثلثه أربعة وسدسه سهم فيكون كله أحد عشر فاذا صار الثلث على أحد عشر فصار الجميع ثلاثة وثلاثين فللعبد من ثلث المال ستة والعبد من جميع المال نصفه وذلك ستة عشر ونصف فيعتق منه ستة أجزاء ويسعى فى عشرة ونصف سهم وللموصى له سدس جزء واحد من أحد عشر من الثلث ويبقى اثنان وعشرون ضعف ذلك للورثة فقد استقام الثلث والثلثان ولو استحق نصف العبد وضاع نصف الالف فالثلث على ستة ثلاثة للعبد وسهمان لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس لانه لما استحق نصف العبد انتقصت نصف وصية العبد فبقى وصيته فى ثلاثة أسهم ولما ضاع نصف الالف انتقص نصف وصية الموصى له بالثلث وهو سهمان لانها ضاعت عليه وعلى الورثة لانه بمنزلة أحد الورثة ووصية صاحب السدس باقية على حالها فى سهم واحد لان وصيته مقيدة بالف فصار الهلاك مصروفا الى الورثة لان وصيته تخرج من ثلث ماله اذا كان سدس الالف بعينها فلما ضاع نصفها انقلب ثلثه سدس ما بقى لان سدس الكل ثلث النصف واذا صار ثلث المال ستة صار الجميع ثمانية عشر ونصفه تسعة فيعتق من العبد ثلاثة أجزاء من تسعة ويسعى فى ستة فيضم ذلك الى النصف الآخر فيصير كله خمسة عشر للموصى له بالسدس سهم من تسعة من الخمسمائة الباقية يبقى أربعة عشر فيبقى المال على أربعة عشر سهمان لصاحب الثلث واثنا عشر للورثة وخرجه محمد على سبعة لان بين نصيب صاحب الثلث وبين الورثة موافقة بالنصف فان نصيب صاحب الثلث سهمان ونصيب الورثة اثنا عشر وبين العبد والدين موافقة بالنصف فاختصر نصيب كل واحد على نصفه فصار سبعة قال رحمه الله ﴿ولو رقيقا أو ثيابا أو دورا له ثلث ما بقى﴾ أى اذا أوصى بثلث رقيقه أو ثيابه أو بثلث دوره فهلك ثلثاذلك وبقى الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله كان له ثلث الباقى كما قال زفر لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاول على ما بينا قالوا هذا اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة وان كانت من جنس واحد فهى بمنزلة الدراهم وكذا كل مكيل أو موزون كالدراهم لما بينا وقيل هذا قول أبى حنيفة فى الرقيق والدور لانه لا يرى الجبر على المقاسمة فيهما وقيل هذا قول الكل لان الجمع انما يتحقق بقضاء القاضى عن اجتهاد عندهما ولا يتحقق بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هنا فلم يتحقق الجمع اجماعا والاشبه أن يكون على الخلاف لان كل ما أمكن جمعه بدون القضاء أمكن جمعه تقديرا وهذا هو الفقه فى هذا الباب ألا ترى انه أمكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما اذا كانت الوصية بثلث الدراهم أو الغنم على ما بينا قال رحمه الله ﴿و بالف وله عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع اليه﴾ أى اذا أوصى بالف درهم وله عين ودين فان خرج من ثلث العين دفع اليه لان ايفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس باحد قال فى المبسوط أصل المسئلة متى كانت التركة بعضها قائم وبعضها غير قائم تقسم القائمة بين الورثة والموصى له على السهام التى تقسم لو كانت كلها قائمة اعتبارا للبعض بالكل ثم ما أصاب المديون من العين القائمة من التركة جعل قصاصا بما عليه اذا كان ما عليه مثل حقه فى العين أو أكثر فان كان أقل فبقدره وهذا اذا كانت التركة من جنس الدين وان كانت من خلاف جنسه بان كانت عروضا والدين دراهم أو دنانير فمن رواية الوصايا انه يجعل نصيبه قصاصا بما عليه وهو القياس وفى رواية هذا الكتاب يحتبس عنه من العين حتى يوفى ما عليه استحسانا فان لم يوف وطلب صاحب الدين من القاضى ان يبيع نصيبه يبيع القاضى ويقضى من ثمنه دينا ثم المسائل مشتملة على فصول فصل فى الوصية بالسهام فى العين والدين وفصل فى الوصية بالدراهم والسهام معينة وفصل بالوصية بالدراهم والعروض رجل مات وترك ابنين ومائة درهم عينا ومائة دينار على أحد ابنيه وأوصى لرجل بالثلث كان له نصف العين والنصف لغير المدين لان العين تقسم بينهم أثلاثا ثلثه للموصى له وثلثه لمن لا دين عليه وثلثه للدين الا ان المدين لا يعطيه نصيبه لان ما عليه أكثر مما له والتركة من جنس الدين فيحسب

ماله قصاصا بما عليه لان ماعليه أكثر مماله والتركة من جنس الدين فان مايخص الابن المدين ذهب بحصته مما عليه ستة وستون وثلثان و يؤدى ثلاثة وثلاثين وثلثا بين الابن غير المدين والموصى له نصفين لان حقهما سيان ولو أوصى بربع العين والدين كان له نصف العين لان جميع مال للميت ماثتا درهم للموصى له ربعه وذلك خمسون يبقى مائة وخمسون لكل ابن خمسة وسبعون الا انه لا يعطى للمدين شئ من العين بل يطرح عنه نصيبه من الدين لانه لافائدة فى ذلك فيطرح مما عليه نصيبه وذلك خمسة وسبعون ويؤدى مابقى عليه وهو خمسة وعشرون ويقسم ذلك مع المائة العين بين الموصى له و بين غير المدين على خمسة أسهم سهمان للموصى له وذلك خمسة وثلاثة أخماسه للابن الذى لادين عليه و يبرأ المدين عن مثلها فرق بين الوصية بخمس مطلق و بين الوصية بخمس مقيد والفرق ان الوصية بالعين والدين وصية مقيدة والموصى له المقيد يضرب بجميع وصيته يوم الموت اذا كانت وصيته تخرج من ثلث ماله لما بينا وهذا وصيته تخرج من ثلث ماله لان وصيته من العين والدين أربعون درهما منهما وقد خرج من العين قدر وصيته وزيادة فيأخذ وصيته من العين وذلك أربعون وأما الموصى له المطلق يضرب فى المال بقدر عشر ماله فى العين يوم القسمة لان حقه فى العين المطلق المرسل لافى العين فيكون له خمس المال المرسل وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث من العين ولو أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بثلث ماله كان نصف العين بينهما على ثمانية لصاحب الربع أربعة وأربعة لصاحب الثلث لان أصل الفريضة من ثلاثة اذا لم تجز الورثة سهم الموصى له بقى سهمان بين الاثنين نصفين لكل واحد سهم لان مايصيب المدين من العين يطرح لان ماعليه أكثر مماله واقسم المائة العين بين الابن غير المدين و بين الموصى لهما نصفين لكل واحد خمسون و يحسب للابن المدين ماعليه خمسون مثل ماحصل للابن غير الابن ٧ فصار العين من مال الميت حقيقة وحكما مائة وخمسين مائة عين حقيقة وخمسون عين حكما وهو قدر مااستوفاه الابن المدين و بقى على المدين خمسون تاويا ٧ مادام معتبرا فلابد من مال الميت ثم ماأصاب الموصى له من نصف العين يقسم بينهما على سبعة لان أقل حساب له ثلث وربع اثناعشر فحق الموصى له بالثلث فى أربعة وحق الموصى له بالربع فى ثلاثة فصار جميع ذلك سبعة فاقسم الثلث على سبعة أربعة لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع فان أيسر الابن المدين وقدر على الاداء اعتبر المال كله فيكون بين الورثة والموصى لهما اثلاثا ثم مال الموصى لهما بينهما على سبعة لانه لما أيسر ظهر ان مال الميت كان مائتين فيكون ثلث ماله ستة وستين وثلاثين فيقسم دين الموصى لهما على سبعة كما وصفنا واذا كان له مائة درهم عينا ودينا على امرأته ثم مات وترك امرأته وابنه وأوصى بثلث ماله لرجل قسم العين بين الابن والموصى له على أحد عشر للموصى له أربعة فان قدرت المرأة على الاداء كان للموصى له ثلث كل المال ستة وستون وثلثان وللمرأة ثمن الباقى ستة عشر وثلثان تؤدى الفضل فاذا أدت قسم بين الابن والموصى له على أحد عشر قال رحمه الله ﴿والا فثلث العين وكلما خرج شئ من الدين له ثلثه حتى يستوفى الالف﴾ أى ان لم يخرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث العين ثم كلما أخرج شئ من الدين دفع اليه ثلثه حتى يستوفى حقه وهو الالف لان الموصى له شريك الوارث فى الحقيقة ألاترى انه لا يسلم له شئ حتى يسلم للورثة ضعفه وفى تخصيصه بالعين بخس فى الورثة لان العين مقدمة على الدين ولان الدين ليس بمال فى مطلق الحال ولهذا لو حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفاء و باعتباره تتناوله الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد منهما من الدين والعين اثلاثا هذا اذا أوصى لواحد فلو أوصى لاثنين قال فى الاصل فى الوصية بالدين والعين والثياب والمتاع والسلاح والذهب والفضة والحديد وما أشبه ذلك ذكر فى فتاوى الفضل اذا كان رجل أوصى بثلث ماله الدين لرجل والآخر بثلث ماله العين والعين والدين مائة اقتسما ثلث مائة العين نصفين فان خرج من الدين خمسون ضم الى العين وكان ثلث جميع ذلك بينهما على خمسة أسهم ولو أوصى بثلث العين لرجل و بثلث العين لرجل آخر والدين لآخر ولم يخرج من الدين شئ من الدين ٧ اقتسما ثلث ذلك خمسون درهما بينهما اثلاثا فى قول أبى يوسف ومحمد وأما على قول أبى حنيفة الثلث بينهما فى هذه المسئلة على خمسة أيضا واذا كان لرجل مائة درهم عينا ومائة درهم دينا على أجنبى فاوصى الرجل بثلث ماله لرجل فانه يأخذ ثلث العين ذكر فى فتاوى الفضل ان من أوصى بدين له على رجل ان يصرف على وجوه البر تعلقت الوصية بالدين فان وهب بعض الدين لمديونه بعد ذلك تبطل الوصية بقدر ماوهب كانه رجوع عن وصيته بذلك القدر قال البقالى وتدخل الحنطة فى الدين قال هو و يدخل فى الوصية بالعين الدراهم والدنانير قال رحمه الله ﴿و بثلثه لزيد وعمرو وهو ميت فلزيد كله﴾ أى اذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يشارك الحى الذى هو أهل كما اذا أوصى لزيد وجدار وعن أبى يوسف أنه اذا لم يعلم بموته كان

له نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يوص للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو لم تصح فكان راضيا بكل الثلث للحي هذا اذا كان المزاحم معدوما من الاصل أما اذا خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر كل الثلث لان الوصية صحت لهما وتثبت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة حق الآخر مثاله اذا قال ثلث مالى لفلان ولفلان ابن عبد الله ان مت وهو فقير فمات الموصى وفلان ابن عبد الله غنى كان لفلان نصف الثلث وكذا لو قال ثلث مالى لفلان ان كان عبد الله فى البيت ولم يكن عبد الله فى البيت كان لفلان نصف الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد شرطه لا يوجب الزيادة فى حق الآخر ومتى لم يدخل فى الوصية لفقد الاهلية كان الكل للآخر وقد قدمناه فى بعض هذه المسائل وفى الزيادات أصله ان الوصية متى أضيفت الى شخصين معينين ان كانا أهلا للاستحقاق كان الثلث بينهما لان الايجاب لهما قد صح لوجود الاهلية فيهما عند الايجاب وان انعدمت أهلية أحدهما عند الاستحقاق بالموت فتثبت المزاحمة فى الايجاب بسبب ايجاب النصف لكل واحد منهما كما لو أوصى بالثلث لاجنبى ولوارثه لم يكن للاجنبى الا نصف الثلث وان لم يثبت الاستحقاق لصحة الايجاب لهما لوجود الاهلية فيهما وان لم يكن أحدهما أهلا للاستحقاق عند الايجاب كان الثلث كله للاهل كما لو أوصى بالثلث لفلان وللحائط ولو قال أوصيت بثلث مالى بين فلان وفلان وأحدهما ميت فنصف الثلث للآخر وكذلك لو قال بين فلان و بين هذا وأشار الى حائط ونحوه لان كلمة بين تقتضى الاشتراك أو التنصيف ألا ترى أنه لو قال ثلث مالى بين فلان وفلان وسكت لم يكن له الا نصف الثلث وكلمة بين ملفوظ سواء كانا حيين أو أحدهما حى والآخر ميت فكان الاشتراك بموجب اللفظ لا بحكم المزاحمة فى المحل بخلاف ما لو قال ثلث مالى لفلان وفلان وأحدهما ميت لان الاشتراك والتنصيف هنا بحكم المزاحمة لا بموجب اللفظ لان اللفظ يقتضى الافراد بالكل لما بينا ولو قال ثلث مالى لفلان ولعقبه ثم مات الموصى فالثلث كله لفلان والوصية لعقبه باطلة لانه جمع بين الموجود والمعدوم فى الايجاب لان عقب فلان من يخلفه بعد موته فلا يتصور له عقب فى حياته واستحقاقه الوصية حال حياة الموصى له والعقب معدوم والايجاب للمعدوم لا يصح ولو قال لفلان ولولد عبد الله فالثلث كله لفلان لان الوصية لولد عبد الله انما تتناول ولده عند موت الموصى لا عند الايصاء لانه ارسل الموصى له ولو ارسل الموصى به فقال ثلث مالى لفلان فينصرف الى ثلث ماله يوم موت الموصى لا يوم الوصية فكذلك الموصى له ولا ولد لعبد الله يوم موت الموصى فلا يصح ايجاب الوصية له فصار كانه أوصى لفلان لا غير وتحقيقه ان العين تعرف بالاشارة اليها لا بالصفة فلم يشترط الوصف لتناول الايجاب وغيره والدين انما يعرف بصفته وانما يتناول الايجاب اذا وجد فيه تلك الصفة عند موت الموصى فلم توجد الصفة فلم يتناوله الايجاب فكان الثلث للآخر وكذلك لو قال ثلث مالى لفلان ان مت وهو حر ولفلان بن فلان فان مات وهو حر فالثلث بينهما وان مات قبل موته كان للثانى النصف لا غير لما قلنا ولو قال ثلث مالى لفلان ولمن افتقر من ولد فلان ثم مات الموصى وولد فلان كلهم أغنياء فالثلث كله لفلان لانه ضم الى فلان شخصا موصوفا بانه فقير وما أشار الى العين فيكون مرسلا لا معينا فتتعين فيه حال الموت لا وقت الايصاء وقوله لمن افتقر يتناول من احتاج بعد ان كان غنيا دون من كان فقيرا من الاصل لان هذا اللفظ انما يستعمل فيمن احتاج بعد الغناء وفى المبرة معه زيادة ثواب وقد ندب الشرع اليه لقوله عليه الصلاة والسلام أكرموا ثلاثة عزيز قوم ذل وغنيا افتقر وعالما بين جهال فيجوز ان يكون للموصى قصد بتخصيص هذه الزيادة ولو أوصى لامرأته باحد العبدين وللاجنبى بالآخر كان للاجنبى ثلثا عبده يبدأ به أربعة من ستة فصار كل عبد على ستة وكلاهما اثنا عشر وللمرأة ربع ما بقى من العبدين سهمان من ثمانية بالميراث سهم ونصف من عبدهما ونصف سهم من الاجنبى يبقى لهما من وصيتها أربعة ونصف ويبقى للاجنبى من وصيته اثنان فيضرب كل واحد بذلك فى الستة الباقية فاذا أردت تصحيح الفريضة جعلت كل عبد مائة وستة وخمسين سهما لان الباقى للمرأة أربعة وللاجنبى سهمان فيكون ستة ونصفا فانكسر بالنصف فاضعف ليزول الكسر فصار ثلاثة عشر فاذا صار نصف المال على ثلاثة عشر صار الكل ستة وعشرين فاضرب أصل الحساب وذلك اثنا عشر فى ستة وعشرين فيصير ثلاثمائة وخمسين يأخذ الموصى له مائة وأربعة والباقى للمرأة بوصيتها وميراثها لان الاجنبى يأخذ أولا ثلثى عبده وذلك مائة وأربعة أسهم وتأخذ المرأة ربع ما بقى وذلك اثنان وخمسون بقى مائة وخمسة وستون سهما يقسم بينهم على ثلاثة ٧ سهما تسعة أسهم من ذلك وذلك ثلاثمائة وثمانية وأربعون للاجنبى من عبده الموصى به له فاذا ضممت ذلك الى مائة وأربعة صار كله مائتين واثنين وخمسين أصله ان الوصية للقاتل بمنزلة الوصية للوارث حتى لا تجوز الا باجازة الورثة عند أبى حنيفة وعندهما لا تجوز أصلا لما يأتى فى بابه واذا أوصى بماله

كله

كله لقاتله ولا وارث له وبكله لاجنبي قيل للاجنبي ثلث المال والثلث للقاتل لان ثلثي المال صار مستحقا للاجنبي بوصية قوية والمستحق بالوصية القوية تبطل فيه الوصية الضعيفة ضربا واستحقاقا يبقى ثلث المال استوت وصيتهما فيه لان وصيتهما فيما زاد على الثلث ضعيفة حتى لا تنفذ الا باجازة الوارث فاذا تساويا في الوصية تساويا في القسمة واذا ماتت امرأة وتركت زوجها وأوصت لاجنبي بثلث مالها ولقاتلها بمالها للزوج ثلثاه والثلث الباقي بين الاجنبي والقاتل اثلاثا عند محمد للقاتل منه سهمان ويكون المال كله من تسعة للاجنبي أولا ثلاثة وللزوج ثلاثة للاجنبي سهم وللقاتل سهمان وعند محمد الباقي بينهما نصفان لان عنده القاتل لا يضرب بما صار مستحقا للزوج بالميراث وانما يضرب بما بقي وهو الثلث وللاجنبي كذلك فصار الثلث بينهما نصفين والقسمة من ستة للاجنبي النصف ثلاثة وللزوج سهمان وللقاتل سهم وعند أبي يوسف لا تجوز الوصية للقاتل أبدا وان لم يكن وارث وتبين أنها اذا لم يكن لها وارث غير الزوج جاز اقرارها لان المانع من صحة اقرار المريض لوارثه حق سائر الورثة حتى لو صدقوه كان الاقرار صحيحا وقد فقد المانع هذا لانعدام الوارث لها فصح اقرارها واذا قتلها زوجها واجنبي عمدا ثم عفت عنهما فأوصت للاجنبي بنصف مالها جازت الوصية ولا ميراث للزوج لانه قاتلها والقتل العمد يحرم عن الميراث فقد تحققت بمن لا وارث لها أصلا فجازت الوصية للقاتل لان المانع من جواز الوصية وجود الوارث ولا وارث لها ففقد المانع قال رحمه الله ﴿ولو قال بين زيد وعمرو لزيد نصفه﴾ أي اذا قالت ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا قال لفلان وفلان فبان أحدهما ميتا حيث يكون للحي كل الثلث لان الجملة الأولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم لان العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بكل المزاحمة فان زالت المزاحمة تكامل ألا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه ألا ترى الى قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم اقتضى ان يكون النصف بدليل قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم قال رحمه الله ﴿وبثلثه له ولا مال له له ثلث ما يملكه عند الموت﴾ لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية أو قبلها بعد ان لم يكن الموصى به عينا أو عينا معينا وأما اذا أوصى بعين أو بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته فتبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما أخرى أو عينا أخرى بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك ولم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه لان المعتبر وجوده عند الموت لا غير ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى له قيمة شاة لانه لما أضاف الشاة الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة وعين الشاة لم توجد في الابل وانما توجد في ماليتها ولو أوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم قيل لا تصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافها الى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا أضافها الى المال وعلى هذا خرج كل نوع من أنواع المال كالبقر والثوب ونحوها اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم واذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحدة لا كثير فعبارة الهداية تتناول صورتين ما اذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له في الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل وأحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته أخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين اه وقصد بعض المتأخرين ان يجيب عنه بعد ما نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هي

الصواب وأن الحكم فى وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس وان بقى الغنم كما وقع فى عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه أوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر فى تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه قال رحمه الله ﴿و بثلثه لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين وأمهات أولاده ثلاث يقسم الثلث أخماسا فلهن ثلاثة أسهم ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم﴾ وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يقسم أسباعا لان المذكور لفظ الجمع وأدناه فى الميراث اثنان قال الله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس وقال فان كن نساء فوق اثنتين الآية والمراد بالاثنتين اثنان فكان من كل طائفة اثنان وأمهات الاولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم أسباعا قلنا اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لانه يراد بهما الجنس اذا لم يكن ثم معهود قال الله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقال الله تعالى وجعلنا من الماء كل شئ حى ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادنى لتعذر ارادة الكل ولهذا لو حلف لا يشترى العبيد يحنث بواحد فيتناول من كل فريق واحدا وأمهات الاولاد ثلاثة فتبلغ السهام خمسة وليس فيما تلى زيادة على ماذكر لان المذكور فى الاثنين نكرة وكلامنا فى المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات أولاده اللاتى يعتقن بموته دون اللاتى عتقن فى حياته من أمهات الاولاد لان الاسم لهن فى العرف واللاتى عتقن حال حياته موال لا أمهات أولاده وانما تصرف اليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذا الاسم ولا يقال ان الوصية لمملوكه بماله لا تجوز لان العبد لا يملك شيأ وانما يجوز له الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقا فوجب أن يكون لامهات أولاده اللاتى يعتقن حال حياته لانا نقول القياس أن لا تجوز الوصية لهن لانها لو جازت لهن لكن حال نزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقا بالموت والتعليق يقع عليهن وهن اماء فكذا تملكهن يقع وهن اماء وهو لا يجوز الا أنا جوزناه استحسانا لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله ان يقصد بايصائه وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هى المضافة الى ما بعد عتقهن كذا فى عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة ولعل الامام قاضيخان والامام المحبوبى عنيا هذا فقالا أما جواز الوصية لامهات أولاده فلان أوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال فى العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولا يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا وأجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبة اعتاقا وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية أصلا ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال اما أن صادفتها بعد موت المولى وهى حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفى القياس وان كان الثانى فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ العناية وفى نوادر بشر عن أبى يوسف ولو أوصى لامهات أولاده بألف ولمواليه بألف وله أمهات أولاد عتقن فى حياته وموال اعتبر كل فريق على حدة ولو أوصى بثلث ماله لمواليه ولم يذكر أمهات الاولاد دخلت أمهات الاولاد فى الوصية وظاهر قوله وهن ثلاثة انهن لو كن ثنتين يقسم المال على أربعة لهن ولو أوصى لأولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم والعلوية والشيعة ومحبى أولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم والفقهاء والعلماء أصحاب الحديث سئل الفقيه أبو جعفر عن رجل أوصى لأولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أبو نصر بن يحيى كان يقول الوصية لاولاد الحسن والحسين ولا يكون لغيرهما فأما العلوية فهل يدخلون فى هذه الوصية لانه كان للحسن رضى الله عنه بنت زوجت من ولد عمر رضى الله عنهم واذا أوصى للعلوية فقد حكى عن الفقيه أبى جعفر أنه لا يجوز لانهم لا يحصون وليس فى هذا الاسم ما ينبئ عن الفقر والحاجة ولو أوصى لفقهاء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء لا تجوز ولو أوصى لفقرائهم تجوز وقد حكى عن بعض مشايخنا أن الوقف على معلم فى المسجد يعلم الصبيان فيه يجوز لان عامتهم الفقراء والفقراء فيهم الغالب فصار الحكم لغلبة الفقر كالمشروط وقال الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى كان القاضى الامام يقول على هذا القياس اذا أوصى لطلبة علم كورة أو لطلبة علم كذا يجوز ولو أعطى الوصى واحدا من فقراء الطلبة أو من فقراء العلوية جاز عند أبى يوسف

وعند محمد لايجوز الااذاصرف الى اثنين منهم فصاعدا واذا أوصى للشيعة ومحبي آل محمد المقيمين ببلدة كذا فاعلم بان في الحقيقة كل مسلم شيعة ومحب لآل رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يصح في دياتهم الا ذلك وأماما وقع عليه ممن أراد به الموصى فراده الذين ينصرفون بالميل اليهم وصاروا موسومين بذلك دون غيرهم فقد قيل الوصية باطلة فأما اذا كانوا لايحصون فيكون للفقراء استحسانا على قياس مسئلة اليتامى وقال الفقيه أبو جعفر ولم يكن في بلدنا أحد يسمى فقيها غير أبي بكر الاعمش شيخنا وقد اختار أبو بكر الفارسي و بذل مالا كثيرا لطلبة العلم حتى نادوه في مجلس أيها الفقيه واذا أوصى لاهل العلم ببلدة كذا فانه يدخل فيه أهل الفقه وأهل الحديث ولا يدخل فيه من يتعلم الحكمة وفي الخانية وهل يدخل فيه من يتعلم الحكم وهل يدخل فيه المتكلمون لاذكر فيه وعن أبي القاسم فعلى قياس هذه المسئلة لايدخل في الوصية المتكلمون واذا أوصى بثلث ماله لفقراء طلبة العلم من أصحاب الحديث الذين يختلفون الى مدرسة منسوبة في كورة كذا لايدخل متعلمو الفقه اذا لم يكونوا من جملة أصحاب الحديث ويتناول من يقرأ الاحاديث و يسمع و يكون في طلب ذلك سواء كان شافعي المذهب أو حنفي المذهب أو غير ذلك ومن كان شافعي المذهب الا انه لايقرأ الأحاديث ولا يسمع ولا يكون في طلب ذلك لايتناوله اسم أصحاب الحديث قال رحمه الله ﴿و بثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه﴾ أي اذا أوصى بثلث ماله لزيد وللمساكين كان لزيد النصف وللمساكين النصف وهذا عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين وقد بيناه مأخذ كل واحد من الفريقين قال رحمه الله ﴿و بمائة لرجل و بمائة لآخر فقال لآخر أشركتك معهما﴾ له ثلث مال كل منهما و بار بعمائة له و بمائتين لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له نصف مال كل واحد منهما يعني اذا أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ولو أوصى لرجل بار بعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد أشركتك معهما كان له نصف مال كل واحد منهما لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على المساواة وقد أمكن اثبات المساواة بين الكل في الاول لاستواء المالين فيأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة و يأخذ من كل واحد منهما ثلثي المائة ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين ولو أوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند أبي حنيفة له نصف كل واحدة منهما بناء على انه لايرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك أو جعلتك معه فالثلث بينهما المأخذ كرنا قال صاحب العناية وماذكره المؤلف استحسان والقياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة ووجه الاستحسان انه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما تثبت المساواة اذا لم يؤخذ من كل واحد منهما نصف المائة فعلم بهذا أنه شركة معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشراكه اياه مع كل واحد منهما متفرقا اه قال رحمه الله ﴿وان قال لورثته لفلان على دين فصدقوه فانه يصدق الى الثلث﴾ وهذا استحسان والقياس أن لايصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لايحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان المدعي لايصدق الا بحجة فتعذر جعله اقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار كمن قال كل من ادعى على شيأ فاعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا أن يقول ان رأى الموصى ان يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث وجه الاستحسان انا نعلم قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعل وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كأنه قال لهم اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالي ماشاء فهذه معتبرة فكذا هذا فيصدق الى الثلث قال رحمه الله ﴿فان أوصى بوصايا﴾ أي مع ذلك ﴿عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لكل صدقوه فيما شئتم ومابقي من الثلث فللوصايا﴾ أي لاصحاب الوصايا لايشاركهم فيه صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم وقدمنا عزل المعلوم وفي الافراز فائدة أخرى وهي ان أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق و بما يتعلق به ور بما يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا أفرز فقد علمنا ان في التركة دينا شائعا في جميع التركة فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيأ أخذ

أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا به لان اقرار كل فريق نافذ فى حق نفسه فنلزمه بحصته وان ادعى المقرله أكثر من ذلك حلف كل فريق على نفى العلم لانه تحليف على فعل الغير قال الشارح قال العبد الضعيف الراجى عفو ربه الكريم هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى أيديهم من الثلث شئ فوجب أن لا يلزمهم تصديقه قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق فى الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا فى الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذى لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه أقول فيه كلام وهو ان العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الاقرار فى هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذ جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالى ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث لم يجعلوا له حكما أصلا فى تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة فى هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله فى هذه الصورة لا فى الثلث ولا فى أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اهـ وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال فى الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق فى الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق فى الثلث فالمعنى لا يصدق فى صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فتأمل اهـ قال رحمه الله ﴿ولاجنبى ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث﴾ أى اذا أوصى لأجنبى ووارثه كان للأجنبى نصف الوصية وبطلت للوارث لانه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل فى الآخر بخلاف ما اذا أوصى لحى وميت حيث يكون الكل للحى لان الميت ليس بأهل للوصية فلا تصح وبخلاف الوارث فانه من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل والاجنبى وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أودين لوارثه ولاجنبى حيث لا تصح فى حق الاجنبى أيضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ لهما والشركة تثبت حكما للتمليك فتصح فى حق من يستحقه دون الآخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر أما الاقرار بها اخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة فى الماضى ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبى شيأ كان للوارث ان يشاركه فيه فيبطل فى ذلك القدر فلا يكون مفيدا قال فى النهاية قال التمرتاشى هذا اذا تصادقا أما اذا أنكر الاجنبى شركة الوارث أو أنكر الوارث شركة الاجنبى فانه يصح اقراره فى حصة الاجنبى عند محمد لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل فى حقه ولا يبطل فى حق الآخر وعندهما يبطل فى الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبى وانما أوجبه مشتركا بينهما كما بينا وفى المبسوط مسائله على فصول أحدها فى الوصية لاجنبى ولوارثه والثانى فى الوصية للأجنبى مع أحد الزوجين والثالث فى الوصية للأجنبى وللقاتل والرابع فى الوصية بالبيع من الوارث أومن الاجنبى رجل أوصى لاجنبى ولوارثه فللأجنبى نصف الوصية لان الايصاء ابتداء ايجاب وقد أضيف الى ما يملكه والى ما لا يملكه فيصح فيما يملكه ويبطل فيما لا يملكه ولم يبطل هذا ببطلان الآخر لان الشركة بينهما فى حكم الايجاب وببطلان بعض الحكم لا يبطل الايجاب بخلاف ما لو أقر المريض لاجنبى ولوارثه فى كلام واحد حيث يبطل الكل عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان الاشتراك هناك يخبر عنه لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والخبر بناء على المخبر به فكان المخبر به بمنزلة العلة والخبر بمنزلة الحكم للعلة فاذا لم يثبت المخبر عنه وهو الاشتراك لم يثبت حكمه وهو الخبر أصله ان الوارث اذا كان بحال لا يحوز جميع الميراث فالوصية بمقدار الثلث للأجنبى مقدمة فى التنفيذ فى حق هذا الوارث وفيما زاد على الثلث مؤخرة فان الوصية بالثلث تقع نافذة من غير اجازة فكانت وصية قوية مستحكمة فتكون فى التنفيذ مقدمة والوصية بما زاد على الثلث واهية ضعيفة لانها لا تجوز الا بالاجازة لتعلق حق الورثة به فكانت مؤخرة عن حق الورثة لان حقهم متأكد فاذا وصل الى الوارث حقه صار كمن لا وارث له فتنفذ وصيته فيه والثانى ان من لا وارث له تصح وصيته بجميع المال الموجود المطلق وهو مالكيته وأهليته امرأة ماتت عن زوج وأوصت بنصف مالها لاجنبى جاز وللزوج الثلث وهو نصف الثلثين وللموصى له النصف يبقى سدس لبيت المال لان وصية الاجنبى بقدر الثلث وصية مؤكدة فكانت فى التنفيذ

مقدمة فصار الثلث مستحقا بالوصية فيبطل الارث فيه فيبقى تركتها ثلثى المال فللزوج نصف ذلك وهو ثلث الكل يبقى ثلث آخر وليس له مستحق بالميراث فتنفذ فيه الوصية فى ثلثه وذلك سدس فوصل الى الموصى له نصف المال و بقى سدس لا وصية ولا وارث فيه فيصرف الى بيت المال وكذلك لومات الرجل عن امرأته وأوصى بماله كله لاجنبى ولم تجز الوصية فللمرأة السدس وخمسة أسداسه للموصى له لان الثلث صار مستحقا بالوصية بقيت التركة بثلثى المال فللمرأة ربع ذلك والباقى للموصى له لان الوصية مقدمة على بيت المال ولوماتت عن زوج وأوصت لقاتلها بالنصف يأخذ الزوج النصف أولا وللقاتل النصف الآخر وهى وصية ضعيفة لانه بمنزلة الوارث فيقدم الميراث عليها فيستحق الزوج أولا نصف المال بالارث والنصف الباقى فارغ عن حق الورثة فتنفذ الوصية فيه للقاتل كما تنفذ الوصية للقاتل فى تركة من لا وارث له ولو تركت عبدين قيمتهما سواء وأوصت بأحدهما لزوجها فله العبدان بالارث والوصية لانه مستحق لما فضل عن فرضه فيكون عاريا عن حق الغير فصحت الوصية لفقد المانع أصله ان الوصية للوارث بالثلث بمنزلة الوصية للأجنبى بما زاد على الثلث حتى لا تنفذ كل واحدة منهما الا باجازة الورثة لانها صادفت محلا تعلق به حق بعض الورثة فيتوقف على اجازتهم قال رحمه الله ﴿ و بثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب ولم يدر أى والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت ﴾ أى اذا أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة وهى جيد ووسط وردىء لثلاثة نفر لكل واحد منهم بثوب فضاع منها ثوب ولا يدرى أيهم والوارث يجحد ذلك بان يقول لكل واحد منهم هلك حقك أو حق أحدكم ولا يدرى من هو الهالك فلا أدفع اليكم شيأ بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فيبطل كما اذا أوصى لاحد الرجلين وقول المؤلف والوارث يقول الى آخره ومعنى يجحدهم أن يقول الوارث لكل واحد منهما الثوب الذى هو حقك قد هلك أقول فى ظاهر تعبير المؤلف ههنا فساد لان هلاك كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاعت الاثواب الثلاثة معا والغرض فى وضع المسئلة ان ضياع ثوب واحد منها غير معلوم بخصوصه فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذى هو حقك قد هلك فانه كذب ظاهر لا ينبغى ان يسمع أصلا فضلا عن ان يترتب عليه حكم شرعى بل قوله لواحد منهم الثوب الذى هو حقك قد هلك يقتضى الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى فى التعبير ما ذكر فى الجامع الصغير سيما للصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو ان المراد بجحود الوارث أن يقول حق واحد منكم بطل ولا ندرى من بطل حقه ومن بقى حقه فلا نسلم اليكم شيأ والذى يمكن فى توجيه كلام المصنف ان يكون مراده بمعنى يجحده ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذى قد هلك يحتمل ان يكون حقك فكانه ساع فى العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافى فى هذه العبارة مع ظهور كما لها قال رحمه الله ﴿ الا ان يسلموا ما بقى ﴾ أى الا ان يسلم الورثة ما بقى من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة فى الاصل وانما بطلت بجهالة طارئة مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقى زال المانع فعادت صحيحة كما كانت فتقسم بينهم قال رحمه الله ﴿ فلذى الجيد ثلثاه ولذى الردىء ثلثاه ولذى الوسط ثلث كل ﴾ أى لصاحب الجيد ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الردىء يعطى ثلثا الثوب الردىء ولصاحب الوسط ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان الاثنين اذا قسما على ثلاثة أصاب كل واحد منهما الثلثان وانما أعطى لصاحب الوسط ثلث كل واحد منهم وللآخرين الثلثين من ثوب واحد لان صاحب الجيد لا حق له فى الردىء بيقين لانه انما يكون هو الردىء أو الوسط ولا حق له فيهما واحتمل ان يكون حقه فى الردىء بان كان الهالك هو الجيد أو الوسط واحتمل ان لا يكون له فيه حق بان يكون الهالك أجود و يحتمل ان يكون فى الردىء بان يكون الهالك أردأ و يحتمل أن يكون له فيهما حق بان كان الهالك هو الوسط فاذا كان كذلك أعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل ان يكون هو له لان التسوية بابطال حق كل واحد منهم اليه وهم فى احتمال بقاء حقه و بطلانه سواء وفيما قلنا ايصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض الموصى من التفضيل فكان متعينا وفى العيون اذا أوصى لرجل بثياب جيدة فله ما يلبس من الجباب والقمص والاردية والطيلسان والسراويلات والاكسية ولا يكون له شئ من القلانس والخفاف والجوارب وفى الخانية فان ذلك ليس من الثياب وفى فتاوى الفضلى قال بالفارسية جامه من هروشيد و بدرو يشان وهيد فهذا فى عرفنا يقع على جميع ثياب بدنه الا الخف فانه يبعد أن يراد بهذا اللفظ فى عرفنا الخف ويدخل فى الوصية بالثوب الديباج وغيره مما يلبس عادة من كساء أو فرو هكذا ذكر فى السير ولا يدخل فيه البساط والستر وكذا العمامة والقلنسوة لا تدخل ذكره فى السير وقد قيل اذا كانت العمامة طويلة يجىء منها ثوب كامل تدخل تحت الوصية وفى

فتاوى أهل سمرقند اذا أوصى بمتاع بدنه يدخل تحت الوصية القلنسوة والخف والملحاف والدثار والفراش لانه يصون بهذه الاشياء بدنه عن الحر والبرد والاذى وفى السيران اسم المتاع فى العادة يقع على مايلبسه الناس ويبسط وعلى هذا يدخل فى الوصية بالمتاع الثياب والفراش والقمص والستر هل يدخل فيها أولا فقد اختلف المشايخ أشار محمد فى السير الى أنه يدخل واذا أوصى لرجل بفرس بسلاحه سئل أبو يوسف أهو على سلاح الرجل أو على سلاح الفرس قال على سلاح الرجل قال البقالى فى فتاويه وأدنى مايكون من السلاح سيف وترس ورمح وقرص ولو أوصى له بذهب أوفضة وللموصى سيف محلى بذهب أوفضة كانت الحلية له وبعد هذا ينظر ان لم يكن فى نزع الحلية ضرر فاحش ينزع الحلية من السيف وتعطى للموصى له وان كان فى نزعها ضرر فاحش ينظر الى قيمة الحلية والى قيمة السيف فان كانت قيمة السيف أكثر تخير الورثة ان شاؤا أعطوا الموصى له قيمة الحلية مصوغا من خلاف جنسها وصار السيف مع الحلية لهم وان كانت قيمة الحلية أكثر يخير الموصى له ان شاء أعطى وأخذ السيف وان شاء أخذ القيمة وان كانت قيمتهما على السواء كان الخيار للورثة ولو أوصى لرجل بفرو وللموصى جبة بطانتها ثوب فرو وظهارتها ثوب فرو كان للموصى له الثوب والآخر للورثة ولو أوصى بجبة حرير وله جبة وبطانتها حرير دخلت تحت الوصية ان كانت الظهارة حريرا والبطانة حريرا كذلك الجواب وان كانت البطانة حريرا فلاشئ له ولو أوصى له بحلى يدخل كل مايطلق عليه اسم الحلى سواء كان مفصصا بزمرد وياقوت أولم يكن ويكون جميع ذلك للموصى له ولو أوصى له بذهب وله ثوب ديباج منسوج من ذهب فان كان الذهب مثلا الثوب مثل الغزل فليس له شئ ان كان الذهب فيه شئ جرى كان ذلك للموصى له وماوراء ذلك للورثة فيباع الثوب ويقسم الثمن على قيمة الذهب وماسواه فما أصاب الذهب فهو للموصى له ولو أوصى له بحلى دخل تحتها الخاتم من الذهب وهل يدخل تحتها الخاتم من الفضة فان كان من الخواتم التى تستعملها الرجال دون النساء لايدخل وهل يدخل فيه اللؤلؤ والياقوت والزبرجد فان كان مركبا فى شئ من الذهب والفضة يدخل بالاتفاق وان لم يكن مركبا فعلى قول أبى حنيفة لايدخل لانه ليس بحلى وعلى قولهما يدخل أصل المسئلة اذا حلفت المرأة لاتلبس حليا ولبست عقد اللؤلؤ لايخالطه ذهب ولافضة لاتحنث فى يمينها عند أبى حنيفة وعندهما تحنث ولو لبست عقد لؤلؤ مركب من ذهب وفضة تحنث فى يمينها بالاجماع ولو أوصى له بحديد وله سرج ركاباه من حديد نزع الركابان وأعطيا الموصى له والباقى للورثة وفى المنتقى اذا أعتق عبده وقال كسوته له فله خفاه وقلنسوته وقميصه وسراويله وازاره ولايدخل فيه منطقته ولاسيفه وان قال له متاعه دخل السيف والمنطقة أيضا وهى وصية عبد الله بن المبارك لغلامه قال رحمه الله ﴿وبيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع فى حظه فهو للموصى له والامثل ذرعه﴾ معناه اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فاوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فان الدار تقسم فان وقع البيت فى نصيب الموصى فهو للموصى له وان وقع فى نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله له نصف البيت ان وقع فى نصيب الموصى وان وقع فى نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت لانه أوصى بملكه وبملك غيره لان الدار كلها مشتركة فتنفذ فى ملكه ويتوقف الباقى على اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك فالقسمة التى هى مبادلة لاتنفذ الوصية السابقة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لانه عين ماأوصى به وان وقع فى نصيب صاحبه كان مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها فى البدل عند تعذر تنفيذها فى عين الموصى به كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية فى بدلها بخلاف مااذا بيع العبد الموصى به حيث لاتتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على مابينا فى مسائل الرجوع عن الوصية ولاتبطل بالقسمة ولهما انه اذا أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لانه يقصد الايصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة فى القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه قال صاحب النهاية فى بحث وهو انه قال فى كتاب القسمة والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض ومانحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء ومانحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكرهنا لان الجبر لايجرى فى المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا

أشار بقوله وانما الاقرار تكميلا ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصى به فعلى اعتبار الاقرار صار كان البيت كله فى نصيب شريكه ولو كانت مبادلة كله ملكه من الابتداء واذا وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان البيت جميعه من الذى وقع فى نصيب الموصى لانه عوضه ومراد الموصى من ذكر البيت تقديره به غير أنا نقول يتعين البيت اذا وقع البيت فى نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع فى نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو نقول انه أراد التقدير على اعتبار وقوع البيت فى نصيب شريكه وأراد التمليك على اعتبار وقوعه فى نصيبه ولا يبعد أن يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين ألا ترى ان لكلام واحد جهتين فيمن علق باول ولد تلده أمته طلاق امرأته وعتق ذلك الولد فيتقيد فى حق العتق بالولد الحى لا فى حق الطلاق ثم اذا وقع البيت فى نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار الا نصف البيت الذى صار له وهم خمسة وأربعون ذراعا ونصيب البيت من الدار خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة أسهم وعندهما تقسم على خمسة أسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصف كله الا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعا فيجعل كل عشرة أذرع سهما فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم قال رحمه الله ﴿والاقرار مثلها﴾ أى الاقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية به حيث يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت فى نصيب المقر عندهما وان وقع فى نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف وقيل محمد معهما فى الاقرار والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكت بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية قال فى الاصل الاقرار بالوصية من الوارث والشهادة عليها واقرار الوارث بالدين والوديعة والشركة قال واذا أقر الوارث ان أباه أوصى بالثلث لفلان وشهدت الشهود انه أوصى بالثلث لآخر كان الثلث كله للمشهود له ولا يكون للذى أقر له الوارث من الثلث شئ ولا يضمن الوارث للمقر له شيأ اذا هلك المال فى يده قبل الدفع أو دفع الى المشهود له بقضاء قاض أو بغير قضاء قال واذا أقر الوارث ان أباه أوصى بالثلث لفلان ثم قال بعد ذلك بل أوصى به لفلان أو قال أوصى به لفلان لا بل لفلان فانه يكون للاول فى الوجهين جميعا ولا يضمن الوارث شيأ للثانى اذا هلكت التركة فى يده قبل الدفع للاول بقضاء وان دفع للاول بغير قضاء قاض صار ضامنا للثانى ثم ان محمدا فرق بين هذا وبين الاقرار بالوديعة قال اذا أقر الرجل ان هذا العبد وديعة لفلان ثم قال لا بل لفلان ودفع العبد الى الاول بقضاء قاض أو بغير قضاء فانه يضمن للثانى قيمة العبد فى الحالين ومنها لو دفع الوارث الثلث الى الاول بقضاء قاض فانه لا يضمن للثانى عندهم جميعا وهذا الذى ذكرنا كله اذا كان الاقرار للثانى منفصلا عن الاول فأما اذا كان متصلا كان الثلث بينهما نصفين ونظيره هذا الاقرار بالوديعة لو أقر ان هذا العبد عنده وديعة لفلان وفلان أو قال وديعة عنده لفلان آخر متصلا كان العبد بينهما نصفين كانه قال هذا العبد وديعة عندى لفلان ثم قال لا بل لفلان فان العبد كله للاول فكذا هذا قال واذا أقر الوارث بوصية ألف درهم بعينها ثم أقر ذلك بعد بالثلث لآخر ثم رفع ذلك الى القاضى فانه يدفع الالف الى الاول وكان الجواب فيه كالجواب فيما اذا أقر بالثلث لآخر ثم رفع ذلك الى القاضى فانه يدفع الالف الى الاول ثم اذا أقر بعد ذلك للثانى فان الثلث كله يدفع للاول ولا يكون للثانى فيه شئ كذلك هذا الجواب فيما لو أقر بوصية بغير عينها والجواب فيما لو أقر بألف بعينها لان الوصايا تنفذ من الثلث فصار الثلث كله مستحقا للاول بالاقرار الاول وكان الجواب فيما لو أقر بألف قال محمد فى الجامع فى الرجل يموت ويترك وارثين وألفى درهم فيأخذ كل واحد منهما ألفا فغاب أحدهما وأقر الحاضر لرجل ان الميت أوصى له بثلث أخذ المقر له من الحاضر ثلث ما فى يده فرق بين هذا وبين ما اذا أقر الحاضر بدين له فانه يأخذ كل ذلك من نصيبه وان أقر أحدهما بوديعة بعينها وذلك فى نصيبه وكذبه الآخر فانه يؤخذ ذلك كله من المقر وان أقر بوديعة مجهولة يستوفى الكل من نصيبه ولو أقر أحدهما بشركة بينه وبين الآخر وكذبه الآخر صح فى نصيبه ويقسم ما فى يده بين المقر والمقر له ولا يأخذ المقر له من الجاحد شيأ لان اقرار كل مقر يصح فى حقه ولا يصح فى حق غيره ونظير هذا ما قالوا فى رجل مات وترك بنتين وأقرت احدى البنتين باخ مجهول وكذبتها البنت الاخرى فان الاخ المقر له يأخذ من نصيب البنت المقرة وفى الكافى ابنان اقتسما تركة الاب ألفا

ثم أقر أحدهما لرجل ان الاب أوصى له بثلث ماله فالمقر يعطيه ثلث مافي يده استحسانا وقال زفر يعطيه نصف مافي يده قياسا ولو كان البنون ثلاثة والتركة ثلاثة آلاف فاقتسموها فجاء رجل وادعى ان الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه واحد منهم فانه يعطيه عند زفر ثلاثة أخماس مافي يده وعندنا يعطيه ثلث مافي يده قال رحمه الله ﴿و بألف عين من مال آخر فاجاز رب المال بعد موت الموصى ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة﴾ أى اذا أوصى لرجل بألف درهم بعينها من مال غيره فاجاز صاحب المال بعد موت الموصى ودفعه اليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فان أجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث أو للقاتل أو للوارث فاجازتها الورثة حيث لا يكون لهم ان يمنعوا من التسليم لان الوصية فى نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصى على ماييناه من قبل كذا ذكر الشارح قال رحمه الله ﴿وصح اقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه فى ثلث نصيبه﴾ معناه اذا قسم الابنان تركة أبيهما وهى ألف درهم مثلا ثم أقر أحدهما لرجل ان أباه أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث مافي يده وهذا استحسان والقياس يعطيه نصف مافي يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا أقر أحدهما باخ ثالث لهما وهذا لان ما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما وجه الاستحسان انه أقر له بثلث شائع فى جميع التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا له بثلث مافي يده و بثلث مافي يد أخيه فيقبل اقراره فى حق نفسه ولا يقبل فى حق أخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث مافي يده ولانه لو أخذ منه نصف مافي يده أدى الى محظور وهو ان الابن الآخر ربما يقر به فيأخذ نصف مافي يده فيأخذ نصف التركة فيزداد نصيبه على الثلث وهو خلاف وقيدنا بالوصية ليحترز عن الدين قال بخلاف ما اذا أقر أحدهما بالدين على أبيهما حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع مافي يد المقر حتى يستوفى دينه ولا شئ للمقر ان لم يفضل منه شئ لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لان الموصى له شريك للورثة فلا يأخذ شيأ الا اذا سلم للوارث ضعف ذلك ولا نسلم أنه أقر له بالمساواة بل أقر له بثلث التركة وانما حصلت المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم يكن له أخ فاقر له بالوصية لا يزيد حقه على الثلث ولو كان مقرا له بالمساواة لساواه حالة الانفراد أيضا بخلاف ما اذا أقر باخ ثالث وكذبه أخوه حيث يكون مافي يد المقر بينهما نصفين لانه أقر له بالمساواة فيساويه مطلقا ولهذا لو كان وحده أيضا ساواه فيكون ما أخذه المنكر هالكا عليهما اهـ كلام الشارح وهذا حيث لا بينة وأما اذا كان اقرار و بينة قال فى المبسوط أقر ان فلانا أوصى لفلان بالثلث وقامت البينة لآخر يدفع اليه ولا يضمن الوارث شيأ لان الشهادة حجة على الكافة والاقرار حجة قاصرة على المقر وليس بحجة فى حق المشهود له فثبتت وصية المشهود له فى حق المقر له ولم تثبت وصية المقر له فى حق المشهود له فيكون هو أولى باستحقاق الثلث من المقر له كما لو أقر ذو اليد بالدار لرجل وأقام الآخر البينة على انها ملكه يقضى بها للمشهود له فكذا هذا قال رحمه الله ﴿و بامة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه فهما له والا أخذ منها ثم منه﴾ أى اذا أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من جميع الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت فى الوصية اصالة والولد تابع حين كان متصلا بها وعبارته صادقة بما اذا ولدت قبل القبول والقسمة فلو قال فولدت بعدهما الى آخره لكان أولى لانها اذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه دخل ولدها فى الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه من الام أولا فان فضل شئ أخذه من الولد وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يعطى له الثلث منهما بالحصص قال الشارح وعبارة المؤلف صادقة بما اذا حدثت قبل القبول أو بعده قال فى المبسوط أصله ان التركة قبل القسمة مبقاة على حكم الميت حتى ان الزيادة الحادثة قبل القسمة تعد من مال الميت حتى يقضى دينه وتنفذ وصاياه لان الموصى له والورثة تملك والوصية من جهة الميت فيعتبر بما لو ملك المال من غيره بالبيع أو بالنكاح والزوائد الحادثة من المبيع والمهر قبل القبض حادثة على ملك المالك حتى يصير لها حصة من الثمن بالقبض لان ما يملك يكون مبقى على ملك المملك فكذا هذا وظاهر قوله قبل القسمة انها بعد القسمة ليست بمبقاة فتكون الزوائد للموصى له ثم المسائل على فصلين أحدهما فى الزيادة والثانى فى النقصان والزيادة الحادثة من الموصى به كالولد والغلة والكسب والارش بعد موت الموصى قبل قبول الموصى له الوصية يصير موصى بها حتى تعتبر من الثلث لانها حدثت بعد انعقاد سبب الملك للموصى له فى الاصل

فاذا

فاذا حدثت بسبب الملك فيه الى وقت الموت تدخل تحت الوصية كالمبيعة اذا ولدت فى مدة الخيار واختار من له الخيار البيع فتصير الزيادة مبيعة حتى تصير لها حصة من الثمن فاما اذا حدثت قبل الموصى له قبل القسمة هل يصير موصى بها لم يذكره محمد وذكر القدورى أنه لا يصير موصى بها حتى كانت للموصى له من جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة لان الزيادة حدثت بعد ملك الموصى له وبعد تأكد ملكه لانه ملك الرقبة وتصرف فيه جميعا فصار كالزيادة الحادثة من المبيعة بعد القبض وقال مشايخنا يصير موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث لانها حدثت بعد الملك قبل تأكد الملك فى الاصل لان ملكه لم يتأكد ولم يتقرر بعد لانه لو هلك ثلث التركة وصارت الحادثة بحيث لا تخرج من ثلث ماله يكون من الحادثة بقدر ثلث الباقى فصار كالزيادة الممهورة الحادثة قبل القبض تصير مهرا حتى تسقط بالطلاق قبل الدخول وقد ملكت الرقبة والتصرف جميعا لان ملكها غير متأكد قبل القبض حتى لو هلك هلك على الزوج لا عليها ثم الحق الكسب بالولد فى الوصية وفى البيع لم يلحقه بالولد لان الكسب بدل المنفعة والمنفعة يجوز ان تملك بالوصية مقصودا فكذلك بدلها أيضا بخلاف البيع فلم يمكن ان يجعل الكسب مبيعا مقصودا بحكم الوارد بالبيع لان القبض يرد عليه مقصودا لهما ان الزيادة متى حدثت قبل القبض تصير موصى بها حكما ولأبى حنيفة ان الحادث قبل القبض صار مقصودا لكنه تبعا لا أصلا وهذا لبيان أنها كانت باقية على ملك الميت فلو تصرف فيه الوارث صح قال فيه أيضا رجل له أمة قيمتها ثلثمائة درهم ولا مال له غيرها فاوصى بها لرجل ثم مات فباعها الوارث بغير محضر من الموصى له فولدت فى يد المشترى ولدا قيمته ثلثمائة درهم ثم جاء الموصى له فلم يجز الموصى له البيع سلم للمشترى ثلثى الجارية وثلثى الولد وللموصى له ثلث الجارية وثلث الولد لان الجارية مشتركة بين الورثة وبين الموصى له وبيع أحد الشريكين لا ينفذ الا فى نصيبه فنفذ البيع فى حصة الورثة وهو ثلث الجارية ولم ينفذ فى حصة الموصى له وهو ثلثها فسلم له ثلث الجارية والزيادة حدثت بعد نفاذ التصرف الذى حكم القسمة والقبض فيكون ثلثا الولد بعد نفاذ البيع نفذ على ملك المشترى فلا يعد من مال الميت وثلثه حدث على ملك الميت فيكون ذلك من مال الميت فصار مال الميت يوم القسمة ثلثى الجارية قيمتها مائتا درهم ولو كانت ازدادت فى مدتها فصارت قيمتها ستمائة فثلثاها سالم للمشترى وثلثها للموصى له وثلث ثلثها للورثة لان مال الميت أربعمائة لان البيع نافذ فى ثلثى الجارية فحدث ثلثا الزيادة على ملك المشترى فبقى مال الميت قيمتها ثلاثمائة وثلث الزيادة قيمته مائة فصار مال الميت قيمته أربعمائة فيكون ثلثها للموصى له وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وثلثمائة من أصل الجارية وثلاثة وثلاثون من الزيادة لان قيمة ثلثى الجارية مائتان فيكون ثلثها مائة وثلاثة وثلاثين وثلث ثلثها للورثة ستة وثلاثون وثلث ولو ان الجارية نقصت حتى صارت تساوى مائة أخذ الموصى له ثلثها ويرجع على الورثة من قيمتها باربعة وأربعين وأربعة أتساع درهم تمام ثلث المال لان الجارية مشتركة بين المشترى والموصى له ثلثاها للمشترى وثلثها للموصى له فما ضاع ضاع على الحصتين وما بقى بقى على الحصتين فللموصى له ثلث الجارية قيمته ثلاثة وثلاثون وثلث لان المال وحق الموصى له يعتبر يوم القسمة وقد انتقص من قيمة الجارية ثلثاها فذهب ثلثا حقه وقيمتها فى حق الورثة تعتبر يوم البيع لانه استهلكها الوارث بالبيع فتعتبر قيمتها يوم الاستهلاك ويوم البيع كانت قيمة ثلثى الجارية مائتى درهم فصار مال الميت مائتين وثلاثة وثلاثين وثلث فالموصى له ثلث ذلك وهو سبعة وسبعون وسبعة اتساع درهم قبل الورثة ولم يجعل للموصى ان ينقض البيع فيما بقى من حقه لانه يؤدى الى الدور لان ما نقص فيه كانه لم يبعه الورثة واذا هلك شئ منه هلك من مال الميت فيحتاج الى ان ينقص وصيته عن ذلك واذا انتقصت بعد البيع بقدر ما انتقصت وصيته فاذا انفذ البيع عاد حق الموصى له واحتجت الى النقص فيؤدى الى ما لا يتناهى وسهم الدور ساقط فلم يكن حق البعض فى الابتداء كيلا يؤدى الى الدور رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه وقد لحقت الاولاد بالامهات بعد موته فللورثة ان يعطوه شاة بدون ولدها وان قال شاة من غنمى سلموا معها ولدها وما حلب من لبنها وجزء من صوفها ان كان قائما وما كان مستهلكا من ذلك فلا يضمنونه لان الوصية تناولت شاة من قطيع معين فتدخل زوائدها تحت الوصية ولذلك لو أوصى بنخلة ولم يقل من نخلى هذه يعطونه نخلة دون ثمرتها وان قال من نخلى هذه وقد أثمرت بعد موته تبعها الثمر هذا اذا أوصى بمعين فلو أوصى باحدهما قال فيه أيضا ولو أوصى باحدى هاتين الامتين فولدت احداهما أعطاه الورثة أيتهما شاؤا فلو أعطوا التى ولدت تبعها ولدها ولو قال قد اوصيت بجارية من جوارى هؤلاء أو قال بشاة من غنمى هذه فولدت فى حياة الموصى فاراد الورثة بعد موته ان يعطوه من الاولاد لم يكن لهم ذلك وان أعطوه جارية أو شاة

أونخلة تبعها ثمرها ولا يتبعها أولادها وثمرتها الحادثة قبل موت الموصى لانه انما وجب له ذلك بالوصية بعد الموت و بعد الموت الايجاب لا يتناول الزوائد الحادثة قبل الموت فان هلكت الامهات الا واحدة بعد موت الموصى كان حقه فى هذه الواحدة وان لم يبق شئ من الامهات دفعوا اليه الاموال قال رحمه الله ﴿ولابنه الكافر أو الرقيق فى مرضه فاسلم الابن أو أعتق قبل موت الاب ثم مات بطل كالهبة واقراره﴾ أى اذا أوصى لابنه الكافر أو لابنه الرقيق فى مرضه فاسلم الابن أو عتق قبل موت الاب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية له كما تبطل الهبة له والاقرار له بالدين أما الوصية فلان المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا تجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف فى موضعه وأما الاقرار فان كان الابن كافرا فلا اشكال فيه لان الاقرار وقع لنفسه وهو وارث بسبب كان ثابتا عند الاقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من تهمة ايثار البعض فكان كالوصية فصار كما اذا كان له ابن وأقر لاخيه فى مرضه ثم مات الابن قبل أبيه وورثه أخوه المقر له فان كان الاقرار له يكون باطلا لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا أقر لامرأة فى مرضه ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لها لانها صارت وارثة بسبب حادث والاقرار يلزمه بنفسه وهى أجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لانها ايجاب عند الموت وهى وارثة فلهذا اتحد الحكم فيهما فى الوصية وافترقا فى الاقرار حتى كانت الزوجة قائمة عند الاقرار وهى غير وارثة فان كانت نصرانية أو أمة ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الاقرار لها لقيام السبب حال صدوره وان كان الابن عبدا فان كان عليه دين لا يصح اقراره له لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت فتبطل كالوصية وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى اذ العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك فى الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبى فيجوز بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهو وارث عنده فيمتنع وفى عامة الروايات هى فى المرض كالوصية فيه لانها وان كانت منجزة صورة فهى كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى انها تبطل بالدين المستغرق ولا تجوز بما زاد على الثلث والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة يقع له وهو وارث عند الموت فلا يجوز كالوصية كذا ذكر الشارح قال رحمه الله ﴿والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال﴾ لانه اذا تقادم العهد صار من طبعه كالعمى والعرج وهذا لان المانع من التصرف مرض الموت ومرض الموت لا يكون سببا للموت غالبا وانما يكون سببا للموت اذا كان بحيث يزداد حالا فحالا الى ان يكون آخره الموت واما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا آخره الموت كالعمى ونحوه ولهذا لا يستقل بالتداوى قال رحمه الله ﴿والا فمن الثلث﴾ أى ان لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث اذا كان صاحب فراش ومات منه فى أيامه لانه من ابتدائه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون من مرض الموت وان صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعاته من الثلث كذا ذكر الشارح والله تعالى أعلم

﴿باب العتق فى المرض والوصية بالعتق﴾

لما كان الاعتاق فى المرض من أنواع الوصية وكان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخرجه عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قال رحمه الله ﴿تحريره فى مرضه﴾ يعنى يكون وصية فان خرج من الثلث لا سعاية عليه وسيأتى حكم ذلك ان شاء الله تعالى أطلق فى كونه وصية فشمل ما اذا عجل البدل أو بعضه فمات السيد أو مات العبد قبل السيد وترك مالا وما اذا أعتق على مال أو لا قال فى المبسوط مسائله تشتمل على فصول احداها فى تعجيل المعتق بعض السعاية الى مولاه والثانى فى ترك السعاية بعد موته والثالث فى تعجيل بعض السعاية فى حياته وترك السعاية بعد موته واذا أعتق عبدا فى مرضه قيمته ثلثمائة فعجل العبد لمولاه مائتى درهم فانفقها ثم مات ولا مال له غيرها يسعى فى ثلثى المائة الباقية وسلم له ثلث المائة وهو حر لان العتق فى مرض الموت وصية وفى الوصايا يعتبر مال الميت يوم القسمة لا يوم الوصية والموت ومال الميت يوم القسمة مائة درهم لانه لما عجل ثلثى السعاية فى حياة المولى صح التعجيل لانه عجل بعد وجود سبب الوجوب لان السعاية تجب عليه بعد الموت لكن بالسبب السابق وهو العتق وتعجيل الحكم بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الزكاة وغيرها فصار المعجل ملكا للمولى وقد أنفقها فى حياته فى حاجته والوصايا تنفذ مما يفضل عن حاجته الحالية والفاضل عن حاجته يوم القسمة مائة درهم وقد أوصى للعبد بجميع المائة فيكون له ثلث المائة الباقية ولو عجل قيمته كلها فانفقها لم يسع فى شئ لانه أدى قيمة نفسه مرة بعد ما صار مكاتبا عند أبى حنيفة وحرا مديونا عندهما فلا يلزمه أخرى كالمكاتب الحقيقى اذا أدى بدل الكتابة مرة يعتق فكذا هذا ولو عجل شيأ واكتسب العبد ألف درهم ثم مات العبد

وترك بنتا ومولاة ثم مات السيد فللمولى من الالف خمسمائة وعشرون وسعاية العبد من ذلك أربعون وميراثه أربعمائة وثمانون والباقى للبنت ولو عجل للمولى قيمته كلها فانفقها المولى والمسألة بحالها فللبنت من تلك الالف ستمائة ولوارث المولى أربعمائة ولوا كتسب العبد ومات عن ثلثمائة وترك بنتا وامرأة ثم مات المولى فى مرضه فلورثة المولى من ذلك مائتان وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم وللبنت سبعة وخمسون درهما وسبع دراهم وللمرأة أربعة عشر درهما وسبع درهم ولو ترك بنتين وامرأة ومولاة والمسئلة بحالها قسمت الثلاثمائة على سبعة وستين للمولى من ذلك ثلاثة وأربعون سعاية وخمسة ميراثا وللبنتين ستة عشر وللمرأة ثلاثة واذا أعتق فى مرضه عبدا قيمته ثلاثمائة ثم اكتسب العبد ثلاثمائة ثم مات وترك بنتا ثم مات المولى وله أيضا ثلاثمائة وصية فمن ذلك مائتان وأربعون للمولى من ذلك مائة وعشرون من ارثه وللبنت مائة وعشرون وتخريجه لابى حنيفة فى المحيط ولو عجل مائة الى المولى فأكلها ثم مات وترك ثلاثمائة وبنتا ومولاة فللمولى من ذلك مائة درهم بالسعاية ومائة بالميراث ولو اعتق عبدين فى المرض قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة لا مال له غيرهما فمات أحدهما وترك ألف درهم اكتسبها بعد العتق ولا وارث له غير المولى سعى الحى فى أربعين درهما وكانت للمولى مع الالف الذى تركه الميت لان ماله ألف وثلاثمائة متروكة عن الميت وثلاثمائة قيمة الحى ولو أوصى بستمائة لما اعتق العبدين فى مرضه وستمائة أكثر من ثلث ماله فاذا لم تجز الورثة يجعل ماله على ثلاثة أسهم سهم للعبدين بالوصية بينهما نصفين فانكسر فاضعف فصار ستة للمولى أربعة وللعبد سهمان وتخريجه يطلب فى المحيط قال الشارح ان حكم التحرير حكم الوصية يعتبر من الثلث ومزاحمة أصحاب الوصايا فى التصرف لا حقيقة الوصية قال رحمه الله ﴿ومحاباته﴾ يعنى فى مرضه وصية تعتبر من الثلث قال فى المحيط والمحاباة فى المرض وصية وأطلق المحاباة فشمل ما اذا كان فى نكاح أو بيع أصله أن الوصية عقد ارث صحيحة لان منافع البضع عند الدخول متقومة واذا تزوج المريض امرأة على مائة درهم ولا مال له غيرها ومهر مثلها خمسون درهما ثم ماتت المرأة ثم مات الزوج كان وصيتها ثلاثة وثلاثين درهما وثلثا وتخريجه ان مال الزوج لما حابى به وهو خمسون وما ورث منها وذلك نصف مهر مثلها خمسة وعشرون فصار مال الزوج خمسة وسبعين فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم للمرأة يعود نصفه الى الزوج بالميراث فانكسر فاضعف فصار ستة سهمان للمرأة يعود سهم من نصيبها الى الزوج بالميراث وهذا هو السهم الدائر فيطرح من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان فيصير مال الزوج فى الآخرة على خمسة وسبعين خمساها للمرأة الثلث وذلك ثلاثون من خمسة وسبعين فلها ثلاثون درهما بالوصية فى مائة ويرد عشرون على ورثة الزوج نقصا للوصية بالمحاباة ثم يضم ثلاثون الى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ثمانين للزوج نصفه وذلك أربعون وينقص أربعون ثم ما أصاب الزوج من أربعين يضم الى ما أخذه بنقص الوصية وذلك عشرون فصار له ستون وقد نفذنا الوصية فى ثلاثين فاستقام الثلث والثلثان وأما تخريج أبى يوسف ان مال الزوج لما حابى به وذلك خمسون فيكون لها ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان ولا يعتبر ماله بما يرث منها لما بينا فى الباب المتقدم ثم يضم ستة عشر وثلثين الى مهر مثلها وذلك خمسون فيصير ستة وستين وثلثين للزوج نصف ذلك بالميراث وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فهذا مال استفاده الزوج بالميراث فيجعل على ثلاثة أسهم سهم للمرأة فيعود نصفه الى الزوج بالميراث فانكسر فاضعف صار ستة للمرأة سهمان فيعود منها سهم الى الزوج فهذا هو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث على خمسة خمساه للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث درهم يضم ذلك الى ستة عشر فصار ثلاثين وأما تخريج محمد بان للمرأة ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان يضم ذلك الى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ستة وستين وثلثا درهم فيجعل ذلك على سهمين سهم للزوج فقد مات الزوج عن سهم للمرأة ثلث ذلك بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب سهمين فى ثلاثة فصار ستة للزوج ثلاثة وللمرأة سهم فصار المال وهو ستة وستون وثلثان على خمسة خمس ذلك للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث يضم الى ما أعطيناها فى الابتداء وذلك ستة عشر وثلثان فصار وصيتها ثلاثين قال رحمه الله ﴿وهبته وصية﴾ يعنى حكمها حكم الوصية أى اذا وهب المريض فى مرضه يكون حكمه حكم الوصية أطلق فى الهبة فشمل ما اذا عادت للمريض أولم تعد وللأجنبى وللوارث قال فى المنتقى وهب المريض لرجل أمة وقيمتها ثلاثمائة ولا مال له غيرها فباعها الموهوب له للواهب وهو صحيح بمائة درهم ولم يقبض المائة ثم مات الواهب من مرضه والجارية تسلم لورثة الواهب ويأخذون من الموهوب له ثلاثة وثلاثين درهما وثلثا لانه حين باعها اياه كان كأنه قد استهلك الجارية وصارت قيمتها دينا عليه وهى ثلثمائة فكانت هذه الثلاثمائة زيادة فى مال الميت فصار ماله ستمائة الا ان عليه دين مائة درهم فصار ماله

الذى تجوز فيه وصيته خمسمائة درهم فللموهوب له ثلثها وذلك مائة وستة وستون وثلثان فيكون ذلك وصية له من قيمة الامة يبقى عليه مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقد كان له على الواهب مائة دينا يبقى عليه ثلاثة وثلاثون وثلث ولو وهب المريض أمة قيمتها ستمائة درهم فباعها الموهوب له من الواهب بمائتى درهم ثم ماتا جميعا ولا مال لواحد منهما غيرها فان الجارية تباع وتدفع المائتين الى ورثته لان الهبة قد نفذت من الثلث فينفذ بيعه من الواهب فى الثلث لان بيع المريض لا يجوز الا بمثل قيمته وقيمته ثلثها مائة درهم فيرد ذلك القدر من ثمنها الى تركة الموهوب له مريض وهب عبده لرجل وعليه دين محيط بقيمته ولا مال له غيرها فاعتقه الموهوب له قبل موت المريض جاز عتقه لانه أعتق ما يملكه وان أعتقه بعد موته لم يجز عتقه لانه تعلق حق الغريم به بيعا واستيفاء وصار مستغرقا بدينه فانتقضت الهبة من الاصل وعاد الى قديم ملكه فظهر انه أعتق ما لا يملكه قال محمد مريض أقر لعبد رجل انه ابنه ثم مات قال أبو يوسف ان صدقه السيد فى حياة المريض ورثه لانه ثبت نسبه منه بتصادقهما فان صدقه بعد موته لا يرثه لان اقراره قد بطل بموته وذكر الحسن بن زياد عن أبى يوسف فى مريض له ابن معروف وهو عبد لرجل فاقر المريض ان المولى قد أعتق ابنه قال ان صدقه فى حياته ورثه اذا مات وان صدقه بعد موته لم يرثه لما بينا ولو وهب أحد الزوجين لصاحبه فى المرض أصله ان أجوبتهم لمسائل الباب متفقة وتخاريجهم لها مختلفة فأبو حنيفة اعتبر جميع مال الموصى فى القسمة وطرح السهم الدائر من جملة المال لان الدور يقع بسبب المال المستفاد بالميراث وانه لو لم يرث منها شيأ بان كان عليها دين مستغرق لجميع ماله لم يقع الدور ومحمد اعتبر القسمة فى المال الموصى به وطرح السهم الدائر من المال المستفاد بالوصية لان الدور يقع من ذلك فانه لو لم يستفد شيأ بالوصية بان كان على الزوج دين مستغرق يقع الدور والصحيح ما قاله أبو حنيفة لأن الوصية للمرأة والمرأة للزوج من وصيتها انما توزع من مال الزوج لا من مالها فكان العمل من ماله فكان طرح السهم الدائر من نصيبه أولى ثم المسائل على فصول أحدها فى هبة الزوج لامرأته فى مرضه والثانى فى هبته فى مرضه لامرأته ووصيته لأجنبى والثالث فى هبة كل واحد من الزوجين لصاحبه واذا وهب لامرأته فى مرضه مائة درهم لا مال له غيرها وماتت ومات وتركت عصبة للزوج لورثة الزوج ستون ببعض الهبة وجازت فى أربعين للزوج من ذلك عشرة بميراثه ولعصبتها عشرون لانها لما ماتت قبل موت الزوج صارت أجنبية ولم تبق وارثة قبل موت الزوج فصحت الهبة لها فلم تبطل الهبة لها وان كانت الهبة المنفذة وصية والوصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصى لانها هبة حقيقية حتى ملكها الموهوب له فى الحال وصية حكما حتى تنفذ من الثلث والهبة لا تبطل بموت الموهوب له قبل موت الواهب بعد ما تمت بالقبض وباعتبار انها وصية تنفذ من الثلث عملا بالشبهين ولا يجوز ابطالها بالشك بعد صحتها ثم تخريجه لأبى حنيفة وهو ان جميع المال للزوج المائة الموهوبة فيجعل على ثلاثة أسهم لحاجتنا لاجل الوصية للمرأة وذلك سهم وسهمان للزوج ماتت المرأة عن سهم فيكون ميراثا بين زوجها وعصبتها نصفين وقد انكسر بالنصف فاضعف فصار ستة فصار للزوج أربعة ولها سهمان فيعود الى الزوج سهم بالميراث منها وهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج فكان نصيبه أربعة فبقى له ثلاث ولها سهمان فصار جميع مال الزوج على خمسة خمسا المائة وذلك أربعون لها بالوصية وللزوج ثلاثة أخماسها ستون ثم يعود الى الزوج نصف حصتها بالميراث فصار للزوج ثمانون ولعصبتها عشرون وأما تخريج أبى يوسف وهو ان مال الزوج ما يرث منها الا جميع ما وهب منها لان هذه هبة منفذة ولهذا لا تبطل بموتها قبل موت الزوج فيعتبر بما لو وهبها فى الصحة ثم ماتت والزوج وارثها يعتبر مال الزوج ما ورث منها لا جميع الموهوب فكذا هذا وقد ورث الزوج منها ستة عشر درهما وثلثى درهم لان لها ثلث المائة ثلاثة وثلاثين وثلث فيكون للزوج نصفه وذلك ستة عشر درهما وثلثان ثم لها خمسا ستة عشر بعد طرح السهم الدائر من الوجه الذى بينا وذلك ستة دراهم وثلثان يضم الى ما أعطينا لها فى الابتداء وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فصار لها أربعون ثم يرث الزوج منها عشرين فيصير لورثة الزوج ثمانون وأما تخريج محمد بأن لها ثلث المائة وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فيجعل ذلك المال على سهمين لحاجتك الى النصف للزوج بالميراث فيكون لها ثلث ذلك السهم بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان فى ثلاثة فصار ستة فاطرح السهم الدائر من جميع السهام فصار خمسة فلها خمسا ثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ستة دراهم وثلثان فصار لها أربعون وللورثة ثمانون ولو كان لها مائة أخرى والمسئلة بحالها فانه يرد الى ورثة الزوج عشرون درهما ببطلان الهبة وأربعون درهما بالميراث وتخريجه أن مال الزوج مائتا درهم وخمسون درهما وللمرأة بالوصية خمسا ذلك بعد طرح السهم الدائر وذلك مائة ثم يعود الى الزوج نصفها بالميراث وذلك خمسون فصار للزوج مائتان

وقد نفذنا الوصية فى مائة فاستقام الثلث والثلثان ولو كان للمرأة مائتا درهم ثم سوى ذلك ولا مال للزوج سوى ما وهب والمسئلة بحالها جازت الهبة فى ستين وتخريجه ان مال الزوج يوم القسمة مائة وخمسون المائة الموهوبة وخمسون ميراثا فيجعل ذلك على ثلاثة للمرأة سهم وللزوج سهمان ثم سهم المرأة يصير ميراثا بين زوجها وعصبتها فانكسر بالنصف فضعف فصار لها سهمان ثم عاد الى الزوج سهم بالميراث فصار فى يد الزوج خمسة فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الزوج بقى نصيبه ثلاثة و بقى حق المرأتين سهمين فصار مال الزوج على خمسة فلها خمساه وذلك ستون و يرد أربعون الى الزوج فصار فى يد الزوج تسعون ثم يعود نصف ما صار لها بالوصية الى الزوج وذلك ثلاثون فصار للزوج مائة وعشرون وقد نفذت الوصية فى ستين فاستقام الثلث والثلثان ولو كان على أحدهما دين قضى دينه أولا ثم ما فضل ينفذ التبرع فى ثلثه وهب لامرأته فى مرضه مائة لا مال له غيرها وعليه دين خمسون ثم ماتت المرأة قبله أخذ رب الدين خمسين وجازت وصيتها فى عشرين يعود نصفه الى الزوج بالميراث فيكون لورثة الزوج أربعون ولورثتها عشرة لان الوصية تنفذ من المال الفارغ عن الدين وخمسون درهما من مال الزوج مشغول بالدين فيجعل كالهالك و يعتبر ماله الفارغ خمسون وقد أوصى بذلك كله فتنفذ الوصية من الثلث ولها خمسا خمسين بعد طرح السهم الدائر على ما بينا وذلك عشرون فلها عشرون بالوصية وترد ثلاثين على ورثة الزوج ثم يعود نصف ما صار لها بالوصية من الزوج و بالميراث وذلك عشرة فصار له أربعون وقد نفذنا الوصية فى عشرين ولو وهب لها ثمانين درهما وكان عليها عشرة دينا كانت وصيتها ثلاثين درهما وتخريجه ان مال الزوج خمسة وسبعون لان دين المرأة نصفه على الزوج لان قدر ما يصير للمرأة بالوصية كان ملكا للزوج ويعود الى ملكه بالميراث فصار كالقائم فى ملكه لما عاد اليه مثله فكذا هذا ونصف الدين من ذلك المال فكان نصف الدين على الزوج معنى واعتبارا وذلك خمسة والمشغول بالدين كالهالك فى حق تنفيذ الوصية فيبقى مال الزوج خمسة وسبعين فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم لها يعود نصفه الى الزوج بالميراث فانكسر فاضعف ستة سهمان للمرأة وأربعة للزوج ثم يعود سهم من سهمى المرأة الى الزوج بالميراث فيصير له خمسة فالسهم الخامس هو السهم الدائر فاطرح من نصيب الزوج فصار ماله على خمسة أسهم خمساه للمرأة وذلك ثلاثون يقضى من ذلك دينها عشرة يبقى عشرون فارغا عن الدين والوصية فيعود نصف ذلك الى الزوج بالميراث وذلك عشرة فصار لها ستون ولو وهب لها مائة وعليها عشرة دراهم والمسئلة بحالها فلها ثمانون وثلثان بالوصية وتخريجه على ما ذكرنا ولو وهب لها مائة درهم وأوصى لرجل بثلث ماله قسمت المائة على أحد عشر سهما سهمان للمرأة وسهمان للموصى له وسبعة لورثة الزوج فى قول أبى حنيفة ثم يرث الزوج منهما سهما فيكون لورثته ثمانية أسهم وعلى قولهما تقسم على أحد وعشرين لها ستة وللموصى له سهمان ثم ترجع منها ثلاثة الى الزوج بالارث وتخريجه لأبى حنيفة وهو انه اجتمع فى مال الزوج وصيتان وصية للمرأة ووصية للآخر بالثلث ولم تجز الورثة فيجعل ثلث المال بينهما نصفين لان عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فصار كانه أوصى لكل واحد منهما بالثلث فيقسم على طريق العول لا على سبيل المنازعة لان هذه الوصية بمعنى الميراث لان حق كل واحد منهما شائع فى كل التركة فاجعل ثلث المال على سهمين لحاجتك الى النصف فصار حقه فى سبعة و بقى حق الموصى لهما فى أربعة كما كان فصار مال الزوج فى الآخرة على أحد عشر ثم يعود سهم من سهام المرأة الى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ثمانية وقد نفذنا الوصية فى أربعة وبقى لعصبة المرأة سهم وللموصى له بالثلث سهمان وأما تخريجهما أن من أصلهما ان الموصى له بالجميع يضرب فى الثلث بجميع حقه والموصى له بالثلث يضرب بالثلث فتضرب المرأة بثلاثة أسهم وللاجنبى بسهم فصار الثلث على أربعة وصار الجميع على اثنى عشر لورثة الزوج ثمانية وللموصى لهما أربعة للمرأة من ذلك ستة وللاجنبى سهمان فقد ماتت المرأة عن سبعة فيعود نصفها الى الزوج بالميراث وهو ثلاثة ونصف وهذا مال استفاده الزوج لم تنفذ فيه الوصية فيصير بين الموصى لهما و بين ورثة الزوج فهى السهام الدائرة فاطرحها من نصيب الزوج ونصيبه ستة عشر بقى له ثلاثة عشر وللموصى له ثمانية فقد صار المال فى الآخرة على أحد وعشرين للمرأة ستة يعود نصفها الى الزوج بالميراث فصار له ستة عشر بقى للمرأة ثلاثة وللاجنبى سهم لان عند محمد تطرح السهام الدائرة من جميع المال بقى أحد وعشرون فتقسم على نحو ما ذكرنا ولو كانت هى التى أوصت بثلث مالها ولم يوص الزوج جازت الوصية فى ثلاثة أسهم من ثمانية أسهم سهم من ذلك للموصى له وسهم يعود الى الزوج بميراثه منها وسهم لورثتها وتخريجه أن تجعل المال على ثلاثة أسهم سهم للمرأة بالوصية وقد انكسر هذا السهم بين ورثتها والموصى له على ثلاثة فاضرب ثلاثة فى ثلاثة فصار تسعة

فثلاثة بين الموصى له والزوج والعصبة على ثلاثة مستقيم لكل واحد سهم فقد عاد الى الزوج سهم بالميراث وهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى للزوج خمسة وللمرأة ثلاثة فصار مال الزوج ثمانية ثم يعود سهم مما صار لها الى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ستة وقد نفذت الوصية فى ثلاثة ولو تركت ابنها وزوجها ولم يوص الا بالهبة فالهبة فى أربعة أسهم من أحد عشر سهما وتخريجه أن يجعل مال الزوج وذلك مائة على ثلاثة أسهم للمرأة ثلاثة انكسر على ورثتها بالربع فاضرب ثلاثة فى أربعة فصار اثنى عشر صار للمرأة أربعة وقد استقامت بين ورثتها فيعود سهم الى الزوج بالميراث فهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له سبعة وبقى حقها فى أربعة فصار مال الزوج على أحد عشر فيعود سهم الى الزوج بالميراث منها فصار له ثمانية وقد نفذنا الوصية فى أربعة فصار مال الزوج على أحد عشر امرأة وهبت لزوجها فى مرضها مائة درهم ووهب لها فى مرضه مائة درهم ولا مال لهما غيرهما ثم ماتا معا لم يرث أحدهما من صاحبه ويجوز كل واحد منهما نصف الهبة لانهما لما ماتا معا لم يبق كل واحد وارثا لصاحبه لانه ميت وقت موت صاحبه فجازت الهبتان فى النصف وتخريجه ان مال الزوج يوم القسمة مائة وثلاثة وثلاثون قال رحمه الله ﴿ولم يسع ان أجيز﴾ أى اذا أجازت الورثة العتق فى المرض فلا سعاية على المعتق لان العتق فى المرض وصية على ما بيناه وهو يجوز باجازة الورثة فلا يلزمه شئ لان المنع لحقهم فيسقط بالاجازة على ما بيناه هذا اذا لم يخرج من الثلث قال رحمه الله ﴿فان حابا فحرر فهى أحق وبعكسه استويا﴾ أى اذا حابى ثم أعتق فالمحاباة أولى فان أعتق ثم حابى فهما سواء وهو المراد بقوله وبعكسه استويا وأطلق فى المحاباة فشمل الدراهم والدنانير والاجل والبيع والاقالة وهذا عند أبى حنيفة وقالا هما سواء فى المسئلتين والاصل فيهما أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فلكل واحد من أصحاب الوصايا أن يضرب بجميع وصيته فى الثلث لا يقدم البعض على البعض الا بالعتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقا أو مقيدا والمحاباة فى المرض بخلاف ما اذا قال اذا مت فهو حر بعد موتى بيوم والمعنى فيه ان كل ما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التقييد فهو فى المعنى أسبق مما يحتاج الى تقييد بعد الموت والترجيح يقع بالسبق لان ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وفى هذه الأشياء يصير مستوفيا بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذى فى معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت فى السبب والتساوى فيه يوجب التساوى فى الاستحقاق فاذا ثبت هذا فهما يقولان أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقدم فى الذكر لأنه لا يوجب التقديم الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق على ما يجئ بيانه ان شاء الله تعالى وأبو حنيفة يقول ان المحاباة أقوى لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناها لا بصفتها حتى يأخذه الشفيع ويملكه العبد والصبى المأذون لهما والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضروراته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة اذا حابى ثم أعتق ثم حابى يقسم الثلث بين المحاباتين نصفين ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى ولا يقال ان أصحاب المحاباة تسترد ما أصاب العتق الذى بعده فى المسئلتين لكونه أولى منه لانا نقول لا يمكن ذلك لانه لا يلزم منه الدور وبيانه ان صاحب المحاباة الاول فى المسئلة الاولى لو استرد من العتق لكونه أولى لاسترد منه صاحب المحاباة الثانى لاستوائهما ثم استرد العتق لانه يساوى صاحب المحاباة الثانى وفى المسئلة الثانية لو استرد صاحب المحاباة وهكذا الى ما لا يتناهى والسبيل فى الدور قطعه وعندهما العتق أولى من الكل وفى المحيط اذا أسلم الرجل فى مرضه مائة درهم فى عشرة أكرار حنطة تساوى مائة درهم ثم مات قبل حلوله فان شاء الذى عليه السلم يعجل ثلثى الطعام وكان الثلث عليه الى أجله وان شاء رد عليهم رأس المال لان المريض حابى بالاجل لانه اشترى بمائة طعاما يساوى مائة وأجله فى جميع ماله وتأجيل المال بمعنى الوصية بجميع المال لان الوارث يصير ممنوعا من جميع المال الى الاجل متى صحت الوصية بجميعه وان أبوا فالوصية تصح بقدر الثلث فيصح التأجيل بقدر الثلث وبطل فى الثلثين فاذا بطل الاجل فى الثلث يخير المسلم اليه لانه لزمه زيادة شئ لم يرض منه لان المسلم اليه انما رضى أن يكون جميع الطعام عليه مؤجلا فاذا لزمه تعجيل ثلثى الطعام والمعجل خير من المؤجل فقد لزمه زيادة شئ لم يرض به فيخير ولو كان الطعام يساوى خمسين فان شاء عجل الطعام كله ورد سدس المال وان شاء فسخ ورد كل المال لانه حابى بالثمن وبالاجل وقد تقدم اعتبار المحاباتين جميعا لانه ينقسم ثلثا

المال

المال عليهما نصفين لانه لوحابى بالثمن لاغير كان اصاب المحاباة ثلث المائة وكذلك لوحابى بالاجل كان له ثلث الطعام الى أجله فاذا صار نصف المال للمحاباة كان بالثمن نصف ثلث الطعام الى أجله واذا صار الثلث للمحابتين جميعا متى اختار المسلم اليه المضى فى السلم وانه يرد ثلث رأس المال الى رب السلم حتى ينقسم ثلث المال على المحابتين جميعا ينقض السلم فى الثلث فاذا دخل الاجل وأدى المسلم اليه سدس الطعام يسترد منه نصف الثلث من رأس المال لانه بحلول الاجل ذهب بالمحاباة فى الاجل وبقيت المحاباة فى الثمن ومتى استرد نصف الثلث تنقض الاقالة فى السلم بعد استقرارها فى رأس المال وانه لا يجوز فلهذه الضرورة تعذر اعتبار المحاباة بالاجل مع المحاباة بالثمن فكان الغاء المحاباة بالاجل أولى لانه بيع واذا الغت المحاباة بالاجل صار كأنه حابى بالثمن لاغير فيخير واذا أسلم المريض عشرة دراهم فى كر يساوى عشرين ثم أقاله ثم مات جازت الاقالة فى ثلثى الكر ويقال للمسلم اليه أد ثلث الكر ورد عليهم ثلثى رأس المال لان المحاباة فى مرض الموت وصية والوصية معتبرة فى الثلث ولو أسلم عشرة دراهم فى كر يساوى ثلاثين درهما وقد حابى بعشرين والعشرة من عشرين قدر نصفه ولو أخذ منه رأس المال وأنفقه جازت الاقالة فى ثلث الكر وبطلت فى ثلثيه ويقال للمسلم اليه أد الى الورثة ثلثى الكر وارجع عليهم بثلثى العشرة لان ثلث ماله مثل ثلث المحاباة لان ماله يوم القسمة ستة دراهم وثلاثين ٧ وقد حاباه بعشرين فيكون ثلث ماله مثل ثلث المحاباة فتجوز الاقالة فى ثلثى الكر وبطلت فى ثلثه فرد المسلم اليه الى الورثة ثلثى الكر وقيمته عشرون الاان على رب السلم ستة دراهم وثلاثين دينا لانه قبض عشرة دراهم من المسلم اليه رأس المال ثلثه بحق جواز فى ثلثى الكر وثلثه بغير حق لبطلان الاقالة فى ثلثى الكر وقد استهلكها فصار ذلك دينا عليه والاقالة قبل قبض السلم وبعده سواء عندهما وعند أبى حنيفة هو بعد القبض ابتداء بيع لما عرف أن الاقالة فسخ عندهما وعنده بيع جديد واذا اشترى فى مرضه عبدا قيمته مائة بخمسين درهما فلم يتقابضا حتى تقايلا البيع فالبائع بالخيار ان شاء رد العبد وأخذ ثمنه وبطلت الاقالة وان شاء سلم لهم ثلث العبد وأخذ منهم ثلث الخمسين لان ثلث المال مثل ثلث المحاباة لان ثلث المال المشترى ثلاثة وثلاثون وثلث لان ماله عند قسمته مائة وقد حابى بخمسين فتجوز الاقالة فى ثلثى العبد ولا تجوز فى ثلثه ثم يخير بين فسخ الاقالة وبين أن يجيزه أولم يجزه فى السلم لان الاقالة فى البيع تحتمل الفسخ مادام المعقود عليه قائما وفى السلم لا تحتمل الفسخ لانه لا يمكن أن يجعل بيعا مستقلا لان الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز ولو أسلم عشرين درهما فى كر يساوى عشرة فى مرضه وله على الناس ديون فلم يخرج حتى أبطل القاضى السلم أو أعطى الكل ورد سدس رأس المال ثم خرج الدين جاز ذلك ولم يرد على المسلم اليه شئ الآن يخرج الدين قبل أن يختصموا فان خرج مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة لان المحاباة عشرة لان ماله العين عشرون درهما والدين لا يعد مال الميت مالم يقض لانه قد لا يخرج فيكون ثلث ماله ستة دراهم وثلثان فتصح المحاباة بقدره ويتخير بين الفسخ والمضى لان السلم يحتمل الفسخ وقد تعين على المسلم اليه شرط عقده فيتخير فاذا أبى المسلم اليه الفسخ ونقض القاضى السلم فانه لا ينتقض النقض بعد ذلك فان زال السبب المقتضى للنقض وهو عدم خروج المحاباة من ثلث ماله لان القضاء بالنقض لا يحتمل البطلان كما لو قضى بفسخ البيع بسبب العيب ثم زال العيب لا يعود البيع وان زال المقتضى للفسخ وهو العيب فكذا هذا وان خرج من الدين قبل النقض مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة لان الدين بالقبض صار عينا فيعتبر ماله يوم القسمة واذا أسلم الى مريض عشرة دراهم فى كر يساوى أربعين فانفق رأس المال ثم مات ولا مال له غير الكر فرب السلم بالخيار ان شاء نقض السلم ورجع على الورثة بدراهمه وان شاء أخذ الكر وأعطى عشرين درهما لانه تغير عليه شرط عقده فان رضى أن يسلم له جميع الكر بعشرة دراهم والآن لا يسلم له الجميع بعشرة وعقده مما لا يحتمل الفسخ فيتخير فان مضى فى السلم أخذ جميع الكر ورد عشرين لان المسلم اليه حاباه بقدر ثلاثين فانه باع ما يساوى أربعين بعشرة والمحاباة أكثر من ثلث ماله فتنفذ الوصية من الثلث وجميع ماله بعد الدين ثلاثون لان عشرة من الكر مشغول بالعشرة التى استهلكها المسلم اليه فالمشغول بالدين لا يعد مال الميت لان الدين مقدم على الوصية والفارغ من الدين قدر ثلثين فيكون له عشرة بالوصية ويرد عشرا على الورثة هكذا ذكره الحاكم فى مختصره وذكر الفقيه أبو بكر البلخى فى وجيزه انه متى اختار المضى يأخذ نصف الكر ويترك النصف لانه يكون لرب السلم نصف الكر قيمته عشرون عشرة منها تعوض ما قبض وهو رأس المال وعشرة بغير عوض بالمحاباة وهو ثلث مال الميت والصحيح ما ذكر الحاكم لان فى هذا تبعيضا على ورثة المسلم اليه بغير رضاهم وهذا لا يجوز كما فى العبد والثوب الواحد فان كان على الميت دين يحيط بتركته لم تجز المحاباة فى التركة لان المحاباة فى المرض

وصية والوصية تنفذ من ثلث المال الفارغ عن الدين ولم يوجد ولو أسلم الى مريض عشرة فى كر قيمته مائة فقبض رأس المال وأنفقه ومات وقد أوصى بثلث ماله فان شاء رب السلم نقض السلم وأخذ دراهمه و يجوز للآخر وصيته وان شاء أخذ الكر وأعطى الورثة ستين درهما ولا شئ لصاحب الوصية فى قول أبى حنيفة وعندهما يتحاصان فى الثلث يضرب فيه رب السلم بتسعين وصاحب الوصية بثلاثين وهو ثلث المال فيكون الثلث بينهما على أربعة فيأخذ رب السلم الكر و يؤدى سبعة وستين درهما ونصفا منها تسعة ربع الثلث لصاحب الوصية وتخريجه ان عند أبى حنيفة المحاباة أولى من الوصية ومال الميت قيمته مائة الا ان عشرة منها مشغولة بالدين فيبقى ماله الفارغ بين رب السلم والموصى له على أربعة لان الوصية بالمحاباة وصية بجميع ماله وذلك تسعون والوصية الاخرى بالثلث وذلك ثلاثون فيقسم الثلث على سبيل العول عندهما على أربعة ثلاثة أرباعه لصاحب المحاباة وذلك ثلاث وعشرون ونصف وأربعة للموصى له الآخر واذا كان للمريض على رجلين كر حنطة يساوى ثلاثين ورأس ماله عشرة واقالهما ومات وأحدهما غائب قيل للحاضر رد ثلاثة أعشار نصف رأس المال وذلك درهم ونصف وأد سبعة أعشار نصف الكر وذلك يساوى عشرة ونصفا فاذا قدم الغائب جازت الاقالة فى نصف الكر فيؤدى القادم نصف رأس المال حصته درهم ونصف ور بع الكر قيمته سبعة دراهم ونصف وترد الورثة على الحاضر الطعام الذى أخذوه قدر ثلثه من عشرة ونصف و يأخذون منه درهما من رأس المال والثلث على سهمين والجميع على ستة للغائب فيطرح نصيبه لانه مستوفى وصيته يبقى خمسة خمس للحاضر وأربعة للورثة فيكون للحاضر خمس ما عليه وعليه نصف كر قيمته خمسة عشر وخمس خمسة ثلاثة دراهم فيكون له ثلاثة دراهم ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحت الاقالة بقدر ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحت الاقالة بقدر ثلاثة أعشار نصف الكر وذلك أربعة ونصف و بطلت فى سبعة أعشار نصف الكر فيرد ذلك وقيمته عشرة ونصف الا ان درهما ونصفا العوض ما أدى من درهم من رأس المال وثلاثة محاباة واذا ظهرت وصية الحاضر ثلاثة دراهم ظهر أن وصية الغائب مثل ذلك فقد نفذنا الوصية فى ستة وأعطينا الورثة ضعفها اثنى عشر فقد استقام الثلث والثلثان واذا حضر الغائب فقد صحت الاقالة فى نصف الكر رجل اشترى أبويه وأخاه فى مرضه بثلاثة آلاف درهم وقيمتهم سواء ففى قياس قول أبى حنيفة تجوز الوصية بالعتق للام والاخ والثلث بينهما وللاب ما بقى وتسعى الام فى نصف قيمتها والاخ فى نصف قيمته وقال محمد الوصية كلها للاخ جائزة لانه لا يرث بان يعتق مع الابوين ولا وصية للام ولها الميراث مع الاب وتسعى فيما زاد على حصتها قال رحمه الله ﴿وان أوصى ان يعتق عنه بهذه المائة عبدا فهلك منها درهم لم تنفذ﴾ بخلاف الحج وهذا قول أبى حنيفة فى العتق وقالا يعتق عنه بما بقى لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياسا على الوصية بالحج وله انه وصية بالعتق بعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ فى غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هى حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقى وقيل هذا الخلاف مبنى على الخلاف فى العتق هل هو حق الله تعالى أو حق العبد وقيدنا بالمائة لانه لو ذكر الثلث وقال وهو ألف فظهر انه أقل فالوصية باطلة ولو أوصى بان يشترى بثلث ماله وهو ألف عبدا يعتق عنه فاذا هو أقل من ذلك فالوصية باطلة قيل هذا قول أبى حنيفة وقيل قول الكل والفرق لهما ان الوصية لهما وقع الشك فى صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسئلة الكتاب لانها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك هذا اذا أوصى له بالعتق فقط فلو أوصى له بالعتق و بالمال قال فى الفتاوى سئل أبو القاسم عمن أوصى الى رجل فقال اذا بلغ ولدى فاعتق عبدى هذا واعطه مائتى درهم والعبد مفسد وهو فى تعب منه فرضى العبدان يعتق فى الحال ولا يطلب صلته قال لا يجوز عتق الوصى قبل الوقت الذى أقر به الموصى وسئل أبو بكر عمن أوصى بعتق عبديه وأوصى لهم بصلة وللعبيد متاع وكسوة كساهم صاحبهم ومتاع وهبة لهم من غير المولى قال لا يكون للعبيد من المتاع الا ما يوارى جسدهم وفى المنتقى اذا قال فى مرضه الذى مات فيه ان مت من مرضى هذا ففلانة حرة وما كان فى يدها من شئ فهو عليها صدقة قال أرى ذلك جائزا على وجه الصدقة ولها ما كان فى يدها يوم مات وعليها البينة ان هذا كان فى يدها يوم مات وفى فتاوى الفضلى أوصى بعتق أمة وان يعطى لها بعد العتق من ثلث ماله كذا قال ان كانت الامة معينة جازت لها الوصية بالعتق و بالمال جميعا وان كانت بغير عينها جازت الوصية بالعتق ولا تجوز الوصية بالمال الا ان يقول جعلت ذلك مفوضا الى الوصى ان أحب أعطى التى أعتقها فيكون ذلك وصية جائزة كقوله ضع ثلث مالى حيث شئت ألا ترى انه لو أوصى ان تباع أمته ممن أحب جاز و يخير الوارث على ان يبيعها ممن أحب وان أبى ذلك الرجل ان يشتريها بقيمتها حط عن قيمتها مقدار ثلث

مالموصى أوصى ان يشترى عبدا فى بلد كذا بمائة و يعتق يعتبر بلد الموصى لا بلد العبد وفى الجامع اذا أوصى بثلثه يشترى منه كل سنة بمائتى درهم عبدا فيعتق أوقال من ثلثى فانه يشترى بذلك فى أول السنة و يعتق عنه ولا يوزع على المدة هذا اذا لم يعينه فان كان معينا قال فى الاصل واذا أوصى ان تعتق عنه جارية بعينها وهى تخرج من الثلث أوأوصى ان يشترى له نسمة بعينها وتعتق عنه فاشتريت له وجنى عليها جناية قبل العتق فان الارش للورثة وان اشترى به مالا يمكن اعتاقه يكون صارفا وصية الميت الى غير ما أوصى وهذا لا يجوز وكذلك لو كان الارش عبدا مدفوعا فيها فلو أعتق فانه لا يعتق وكان ما اكتسب من مال فهو للورثة قال رحمه الله ﴿و بعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت﴾ أى اذا أوصى بعتق عبده فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولى الجناية يقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصى باق الى ان يدفع و به يزول ملكه فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الوصى أو وارثه بعد موته بالدين هذا اذا قتل خطأ فلو قتل عمدا فتارة يقتل مولاه عمدا وتارة يقتل غيره قال فى المبسوط أصله ان الدم متى انقلب مالا فانه يعتبر ذلك من مال الميت حتى تنفذ منه وصيته و يقضى دينه لان ذلك بدل نفسه بعد وفاته كما لو كان القتل خطأ والدم متى كان مشتركا بين اثنين فعفا أحدهما يعتبر مال الميت خمسة آلاف حصة غير العافى ولا يجعل كان العافى أتلف القصاص وانه ليس بمال فلا يمكننا ان نجعله مستوفيا المال ولهذا شهود القصاص اذا رجعوا لم يضمنوا وتقسم التركة بعد تنفيذ الوصية على السهام التى كانت تقسم قبل الوصية حتى يكون ضرر نقصان الوصية عائدا على الكل بقدر حصصهم لان حقوقهم فى التركة على السواء فما يلحقهم من الضرر بسبب تنفيذ الوصية يجب ان يكون على الكل لان الاستحقاق بالوصية بمنزلة الهلاك وهلاك بعض التركة يكون على الكل فكذا الاستحقاق فاذا أعتق عبدا قيمته ألف فى مرضه ثم قتله عمدا وله وليان فعفا أحدهما أخذ غير العافى نصف الدية فقاسمه أخاه على اثنى عشر سهما للعافى وعتق العبد بلا سعاية لان جميع مال الميت ستة آلاف خمسة آلاف بعد الوصية بالعتق فتقسم بينهما على اثنى عشر سهما لان الباقى بعد الوصية يقسم على السهام التى كانت قبل الوصية وقبل الوصية كان يقسم مال الميت بين الاثنين على اثنى عشر لان حق العافى فى نصف العبد خمسة وحق الساكت فى خمسة آلاف وخمسمائة وان كانت قيمة العبد ثلاثة آلاف سعى فى ثلثمائة وثلاثة وثلاثين فيقسم ذلك مع نصف الدية بين الاثنين على ستة عشر للعافى ثلاثة أسهم والباقى للساكت لان مال الميت ثمانية آلاف وثلاثة آلاف قيمة العبد وثلث ماله ألفان وستمائة وستة وستون وثلثا درهم فيعتق منه هذا القدر بغير سعاية ويسعى فى الباقى وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فبقى مال الميت خمسة آلاف وثلاثمائة وثلاثين فيقسم بين الاثنين على ستة عشر لان حق العافى فى نصف العبد وذلك ألف وخمسمائة وحق الساكت ثلاثة عشر سهما ولو لم يكن فى المال وصية يقسم المال على هذه السهام فكذلك بعد الوصية وان مات العبد قبل أن يسعى فللعافى سدس نصف الدية والباقى للآخر لان الباقى من المال بعد الوصية وهلاك بعض التركة يقسم بين الورثة على السهام التى كانت تقسم قبل الوصية والهلاك ولو لم يكن فى المال وصية يقسم مال الميت بين الاثنين على ستة أسهم لان حق العافى فى نصف العبد وذلك ألف ومائتان وخمسون وحق الساكت فى العبد كذلك وفى نصف الدية خمسة آلاف فيكون حقه فى ستة آلاف ومائتين وخمسين فاجعل كل ألف ومائتين وخمسين سهما فيصير حق العافى فى سهم وحق الساكت فى خمسة فيكون كله ستة أسهم فيقسم بعد الوصية والهلاك على هذه السهام فيكون للعافى سهم من ستة وذلك سدس نصف الدية ولو كان على المقتول دين ألف قضى الدين من نصف الدية ثم اقتسما الباقى على سبعة أسهم سهم للعافى لان العبد صار مستوفيا نصيبه قدر ألفى درهم لانا نجعل الباقى من مال الميت بعد الدين وذلك أربعة آلاف درهم ثلثى مال الميت يزيد عليه مثل نصفه وذلك ألفان فقد صار العبد مستوفيا من وصيته قدر ألفين فصار كان الميت ترك خمسة آلاف درهم وقيمته ألفان فيكون كله سبعة آلاف فذهب بالدين ألفان و بالوصية ألف بقى من المال أربعة آلاف فيقسم ذلك بين الاثنين على سبعة أسهم لان قبل الوصية والدين حق العافى فى نصف العبد قيمته ألف درهم وحق الساكت فى نصف العبد ألف وخمسة آلاف نصف الدين فاجعل ألفا سهما فصار حق العافى فى سهم وحق الساكت فى ستة أسهم وكذلك بعد الوصية والدين يقسم على هذه السهام ولو كان له عبدان قيمة كل واحد ألفان والمسئلة بحالها سعى كل واحد فى خمسمائة يضم ذلك الى نصف الدية يقسم بينهما على تسعة للعافى سهمان لان جميع مال الميت تسعة آلاف خمسة نصف الدية

وأربعة قيمة العبدين وقد أوصى بأربعة آلاف وثلث ماله ثلاثة آلاف فيكون بين العبدين نصفين لاستواء وصيتهما فاصاب كل عبد ألف وخمسمائة وذلك ثلاثة أرباعه فيعتق من كل واحد ويسعى فى أربعة فيضم ألف السعاية الى خمسة آلاف نصف الدية فيصير ستة آلاف يقسم بينهما على تسعة لان حق العافى فى نصف العبدين وذلك ألفان وحق الساكت كذلك وله أيضا نصف الدية فيكون نصيبه سبعة آلاف فيكون تسعة أسهم فيقسم ستة آلاف على تسعة أسهم للعافى من ذلك سهمان وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث والباقى للساكت فان مات أحد العبدين قبل أن يؤدى شيأ سعى الباقى فى ستمائة الى نصف الدية ويقسم بين الورثة على اثنين وأربعين سهما ثمانية ونصف من مال العافى والباقى للساكت لان الميت صار مستوفيا وصيته وذلك سهم من ستة لان الثلث كان بينهما نصفين على سهمين بقى خمسة أسهم سهم من ذلك العبد الحى وأربعة أسهم للورثة وجميع مال الميت سبعة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحى فيكون للعبد الحى خمس سبعة آلاف وخمس السبعة آلاف ألف وأربعمائة فقد صار مستوفيا من وصيته ذلك القدر ويسعى من ستمائة الى تمام قيمته فيظهر ان الميت صار مستوفيا من وصيته ذلك القدر أيضا لان حقهما سواء فصار مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحى وألف وأربعمائة قيمة العبد الميت ومازاد على ذلك صار مستوفيا من وصيته هذا القدر أيضا لان حقهما صار تاويا فلا يحتسب من مال الميت وقد نفذنا الوصية فى ألفين وثمانمائة بقى للورثة خمسة آلاف وستمائة ضعف ما نفذنا الوصية فيه فيقسم ذلك بين الابنين على أربعة وثمانين من غير كسر لان قيمة الحى ألفان وجميع مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة فاجعل لكل مائة سهما فصار أربعة وثمانين سهما سبعة عشر للعافى لان حقه فى ألف وسبعمائة والباقى للساكت ولو كان للميت ألف عينا ومات أحد العبدين سعى العبد الحى فى أربعمائة ويقسم بين الابنين على ثمانية وأربعين فنقول قيمة العبد ثلاثة آلاف وستمائة وألف قائمة بين الابنين نصفين لكل واحد ألفان وثلثمائة وقد كان للساكت نصف خمسة آلاف فصار نصيبه سبعة آلاف وثلاثمائة فاجعل كل مائة سهما فيصير كل ألف عشرة أسهم فيصير نصيب العافى ثلاثة وعشرين ونصيب الساكت ثلاثة وسبعين فصار مال الميت مقسوما بينهما على ستة وتسعين واذا أوصى لرجل بعبد بعينه يساوى أربعة آلاف درهم لا مال له غيره ثم قتل رجلا عمدا وله ابنان فعفا أحدهما كان للموصى له ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه ويضم الى نصف الدية الذى يؤخذ من القاتل فيقتسمانه على أربعة وخمسين للعافى من ذلك اثنا عشر يأخذ منها أربعة ونصفا من العبد والباقى من نصف الدية وتخريجه ان مال الميت كله تسعة آلاف خمسة آلاف دية وقيمة العبد أربعة آلاف وقد أوصى بأربعة آلاف والموصى له بأكثر من الثلث اذا لم تجز الورثة لا يضرب الا بقدر الثلث فيكون للموصى له ثلث ماله ثلاثة آلاف وذلك ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه الى الورثة فيحصل للورثة ستة آلاف فيقسم ذلك بينهما على تسعة أسهم لان العبد كان بينهما نصفين لكل واحد منهما ألفان وللساكت خمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل ألف سهمين فصار حق الساكت فى سبعة وحق العافى فى سهمين وستة آلاف على تسعة لا تستقيم فتضرب ستة فى تسعة فصار أربعة وخمسين كان للعافى سهمان ضربناهما فى ستة فصار له اثنا عشر وللساكت سبعة ضربناها فى ستة فصار اثنين وأربعين ثم العافى يأخذ أربعة ونصفا من العبد الباقى فى الدية لان العبد مع الدية جنسان مختلفان فيختلف المقصود بخلاف السعاية مع الدية لان السعاية من جنس الدية دراهم أو دنانير فلم يختلف المقصود فلهذا لم يتبين حق كل واحد منهما فى السعاية والمرض قال رحمه الله ﴿وان فدى لا﴾ أى لا تبطل الوصية ان فداه الورثة وكان الفداء فى أموالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية فصار كأنه لم يجز هذا اذا كانا خطأ وولى الجناية واحدا فلو كان له وليان والقتل عمدا فعفا أحدهما واختارا أخذ العبد قال فى المبسوط فلو عفا عنه ولى المقتول فى العمد وهو عبد قيمته عشرة آلاف وأوصى لرجل بثلث ماله فاختار مولى الجناية أخذ العبد كان له سدس العبد وسدسه للموصى له بالثلث وأربعة أسداسه للورثة عند أبى حنيفة وان اختار الفداء فدى بخمسة أسداس الدية وأخذ صاحب الثلث سدس الدية من الورثة لان عنده الموصى له بالثلث يساوى الموصى له بالجميع لان الموصى له بالثلث لا يضرب بالزيادة فصار الثلث على سهمين وصار الجميع على ستة فالولى يملك سدس العبد ويدفع خمسة أسداس الى الورثة ثم الموصى له بالثلث يأخذ جميع ما بقى من الثلث من يد الورثة وذلك سدس الكل وبقى للورثة سدس العبد ومتى كانت الدية والقسمة سواء لا يختلف الجواب بين الدفع والفداء وان كانت قيمته ألف درهم فحكم الدفع كذلك وان فداه

فدى ثلثه بثلث الدية يأخذ الموصى له من ذلك ثلثى ألف من ثلث الدية والباقى للورثة وعلى قولهما ان مولى العبد يضرب فى الثلث بجميع العبد وصاحب الثلث يضرب بالثلث فيقسم ثلث المال على أربعة لمولى العبد ثلاثة أرباع الثلث ويدفع الباقى الى الورثة فيأخذ صاحب الثلثين من الورثة ربع الثلث فيجرى الجواب على قولهما على مقتضى هذا ولو كانت قيمته خمسة آلاف فحكم الدفع لا يختلف فان فداه فدى خمسة أسباعه بخمسة أسباع الدية سهم من ذلك لصاحب الثلث وأربعة للورثة وتخريجه فى المحيط ولو قتل خطأ وللمقتول وليان قال ولو دفع العبد بالجناية لاحد الوليين ثم مات العبد قال فى المبسوط ولو قتل عبد لرجل رجلا خطأ وله وليان فدفع نصفه أحدهما والآخر غائب ثم مات العبد ولا مال له غيره فان الولى الغائب يرجع على القابض بربع قيمة العبد لان نصف العبد الجانى مات وأخلف بدلا لان النصف الذى قبضه الحاضر مضمون عليه وان قبضه للاستيفاء قبض ضمان فقد فات نصف المقبوض عن خلف وهو القيمة وفات النصف الذى غير مقبوض بلا خلف لان العبد فى مولى الجانى أمانة وليس بمضمون فيرجع الغائب بنصف قيمته ماهو مضمون على القابض وهو ربع قيمة الكل ولو كان قد أنصفه منه بنفس الدية ثم مات العبد وحضر الغائب فانهما يقتسمان نصفه نصفين ويرجعان على مولى العبد بنصف الدية أيضا فيكون بينهما نصفين ولو فدى من أحدهما ثم قتل العبد وأخذ السيد قيمته دفع نصف القيمة الى الغائب لان اختيار الفداء فى حق أحدهما لا يكون اختيار الفداء فى حق الآخر ما دام قائما الا انه لا ضرر على الآخر فى ذلك فانه لو اختار الدفع اليهما كان يصل اليه نصف العبد وهذا العبد قائم معنى لقيام بدله وهو القيمة لان البدل قائم مقام المبدل معنى واعتبارا فيدفع البدل الى الغائب لانه بدل حقه ولا يتراجعان وان كان دفع القيمة الى الغائب فهو كدفع نصف العبد اليه ولو دفع اليه نصف العبد لا يتراجعان فكذا اذا دفعه معنى واعتبارا قيل المراد بنصف القيمة نصف الدية ومن أصحابنا من قال اختيار الفداء للحاضر لا يكون اختيار الدية فى حق الغائب عند أبى حنيفة لان أحد الورثة لا ينتصب خصما عن الباقين فتكون المسئلة الثانية على قول أبى حنيفة والاولى على قولهما ولو دفع نصفه الى أحدهما واختار الفداء من الآخر وهو معسر لا يقدر على شئ فانه يرجع على أخيه بربع العبد وان كان مستهلكا بربع القيمة وقال فى الاصل بربع الدية وهو محمول على ان القيمة مثل الدية فهذا قولهما وفى قول أبى حنيفة لا يرجع على الآخر بربع القيمة لكن يتبع مولى العبد بنصف الدية متى أقر لان عنده اختيار الفداء من المفلس لا يصح لما مر فى كتاب الديات قال رحمه الله ﴿وبثلثه لزيد وترك عبدا فادعى زيد عتقه فى صحته والوارث فى مرضه فالقول للوارث ولا شئ لزيد الا ان يفضل من ثلثه شئ أو يبرهن على دعواه﴾ أى اذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد وأقر الموصى له والوارث ان الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه فى الصحة وقال الوارث أعتقه فى المرض فالقول قول الوارث ولا شئ للموصى له الا ان يفضل من الثلث شئ أو تقوم البينة ان العتق كان فى الصحة لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق فى الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لان العتق فى المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاقه والقول للمنكر مع اليمين ولكن العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للورثة فيكون القول قولهم مع اليمين فلا شئ للموصى له الا ان يفضل من الثلث شئ من قيمة العبد فانه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك أو تقوم له البينة ان العتق وقع فى الصحة فيكون له جميع العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع الا أنه ثبت حقه فكذا العبد أما عند أبى حنيفة فظاهر لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه وأما عندهما فلان العتق فيه حق العبد وان كان حقا بعد فيكون بذلك خصما وهو نظير حد القذف فانه حق الله تعالى وفيه حق العبد فيكون خصما بذلك وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى فاسترداد المال حق العبد فلا بد من خصومته حتى يقطع السارق كذا فى الشارح هذا اذا كان الموصى له غير العبد فلو كان هو العبد قال فى الاصل رجل مات وترك عبدا وورثة صغارا وترك دينا على رجل فاقام العبد بينة ان مولاه أعتقه وأوصى اليه ومن عليه الدين حاضر فالشهادة جائزة ويقضى بالعتق وبالوصايا للعبد وينبغى فى قياس قول أبى حنيفة ان لا تقبل شهادتهما فى العتق وان كانت الورثة كبارا وأقام العبد بينة على ذلك فالشهادة جائزة ويقضى بالعتق وبالوصايا هذا على خلاف رواية الاصل وفى نوادر ابراهيم عن محمد رجل مات ولرجل عليه دين وأوصى بثلث ماله أو بدرهم سماه لرجل فاخذها الموصى له ثم جاء الغريم

والورثة شهود أو غيب وقدم الموصى له الى القاضى والموصى له لا يكون خصما للغريم هذا اذا حصلت الوصية له بقدر الثلث واذا حصلت الوصية بما زاد على الثلث الى جميع المال وصحة الوصية بان لم يكن للميت وارث فالموصى له خصم الغريم فى هذه الحالة ويعتبر الموصى له فى هذه الحالة بالوارث قال محمد رحمه الله فى الجامع رجل هلك وترك ثلاثة آلاف درهم وأقام وارثا واحدا فاقام رجل البينة ان الميت أوصى له بثلث ماله وجحد الوارث ذلك قضى القاضى له بالثلث وأعطاه بذلك وهو ألف درهم ثم جاء رجل وأقام البينة ان الميت أوصى له بثلث ماله وأحضر الموصى له الى القاضى فالقاضى يجعله خصما ويأمره أن يدفع نصف ما فى يده الى الثانى فان قضى القاضى على الاول بنصف الثلث ولم يكن عنده شئ بان هلك الثلث فى يده أو استهلكه وهو فقير والوارث لم يكلف الثانى اعادة البينة وكان للموصى له الثانى أن يشارك الوارث فيما فى يده ويأخذ خمس ما فى يد الوارث ولو كان الموصى له هو الغائب فاحضر الثانى الوارث الى القاضى قضى على الاول وان كان القاضى قضى بوصية الاول ولم يدفع اليه شيأ حتى خاصمه الثانى والوارث غائب فان خاصمه الى ذلك القاضى بعينه جعل خصما وان خاصمه الى قاض آخر لم يجعله خصما ولو كان الموصى له الاول هو الغائب والوارث حاضر لم يدفع المال الى الاول فالوارث خصم للموصى له الثانى وهذا كله اذا أقر الموصى له الاول بان كان المال الذى فى يده بحكم الوصية أو كان ذلك معلوما للقاضى فاذا لم يكن شئ من ذلك فقال الاول هو مالى ورثته عن أبى الميت وما أوصى لى بشئ وما أخذت من ماله شيأ فانه يكون خصما للموصى له الثانى بمنزلة ما لو ادعى رجل عبدا فى يد رجل انه اشتراه من فلان بكذا وقال ذو اليد هو عبدى ورثته عن أبى يكون خصما ويقضى عليه للمدعى كذا ههنا وان قال هذا المال عندى وديعة لفلان الميت الذى يدعى الوصية من جهته أو قال غصبته منه فهو خصم الا أن يقيم بينة على ما قال قال رجل أقام بينة على وارث ميت ان الميت أوصى بهذه الجارية بعينها وهى ثلث ماله وقضى القاضى بذلك ودفعها اليه وغاب الوارث ثم أقام الآخر البينة على الموصى له ان الميت أوصى له بها ان ذكر وا رجوعا قضى القاضى بكل الجارية للثانى وان لم يذكروا رجوعا قضى بنصفها للثانى للمزاحمة والمساواة ويكون هذا قضاء على الوارث غاب أو حضر حتى ان الموصى له الاول لو أبطل حقه كان كل الجارية للثانى فان غاب الموصى له وحضر الوارث لم ينتصب الوارث خصما للموصى له الآخر خاصمه الى القاضى الاول أو الى غيره فان كان القاضى قضى للاول بالجارية فلم يدفعها اليه حتى خاصم الثانى الوارث فان خاصمه فيها الى القاضى الاول لم يجعله خصما وان خاصمه الى قاض آخر يجعله خصما ثم القاضى اذا سمع بينة الثانى على الوارث فى هذا الفصل وهو ما اذا خاصمه الثانى عند قاض آخر قضى للثانى بنصف الجارية سواء شهد شهوده على الرجوع عن الاول أو لم يشهدوا على الرجوع انما يشكل فيما اذا شهدوا على الرجوع ولو أقام الاول بينة ان الميت أوصى له بثلث ماله ودفعه القاضى اليه ثم أقام الثانى البينة على الاول ان الميت رجع عن الوصية الاولى وأوصى بثلث ماله للثانى فالقاضى يأخذ الثلث من الاول ويدفعه الى الثانى قال محمد فى الجامع الصغير رجل له على آخر ألف درهم قرض أو كان غصب منه ألف درهم وكانت فى يد الغاصب قائمة بعينها أقام رجل البينة ان فلانا استودعه ألف درهم وهى قائمة بعينها فى يد المودع فاقام رجل البينة ان صاحب المال توفى وأوصى له بهذا الالف التى هى قبل هذا الرجل والرجل مقر بالمال لكنه يقول لا أدرى مات فلان أو لم يمت لم يجعل القاضى بينهما خصومة حتى يحضر وارث أو وصى كذلك ونظيرها اذا ادعى عينا فى يد رجل انه اشتراها من فلان الغائب وصاحب اليد يقول أنا مودع الغائب أو غصبته منه لا ينتصب خصما للمودع كذا ههنا وهذا الذى ذكرنا ان كان الذى قبله المال مقرا بذلك فان كان الذى فى يده المال قال هذا ملكى وليس عندى من مال الميت شئ صار خصما للمدعى وصار كرجل ادعى عينا فى يد رجل انه اشتراه من فلان الغائب وصاحب اليد يقول هو لى ينتصب خصما للمدعى كذا ههنا وان جعله القاضى خصما فى هذا الوجه قضى له بثلث ما فى يد المدعى عليه الا أن يقيم البينة أن الميت ترك ألف درهم غير هذا الالف وان الوارث قبض ذلك فحينئذ يقضى القاضى للموصى له بكل هذا الالف ولو حضر الوارث بعد ذلك وقال لم أقبض من مال الميت شيأ ثم لم يلتفت الى قوله فان أقام البينة ان فلانا مات ولم يدع وارثا ولا وصيا يقبل القاضى بينته ثم عاد محمد الى صدر المسئلة فقال لو أن الموصى له أقام البينة ان فلانا مات ولم يدع وارثا وأوصى اليه بالالف التى قبل فلان وقال الشهود لا نعلم له وارثا والذى قبله المال مقر بالمال الذى قبله فالقاضى يقضى بالمال للموصى له قال محمد فى الجامع رجل له ألف درهم دين أو كان الالف فى يده غصبا أو وديعة أو كانت الالف لهذا فغاب صاحب المال فقام رجل وادعى أن صاحب المال أوصى له بهذا الالف الذى قبل هذا الرجل ولا بينة له فصدقه الذى قبله المال فهذا على وجهين أما ان أقر المدعى أن لصاحب المال وارثا غائبا أو قال لا أدرى أله وارث أم لا أو قال المدعى

ليس

ليس لصاحب المال وارث وان كان صاحب المال رجلا نصرانيا أسلم ولم يترك أحدا وصدقه الذى قبله المال فى ذلك ففى الوجه الاول القاضى لا يقضى على الذى فى يده المال فى الوجوه الاربعة الغصب والوديعة والدين والايصاء الا أن القاضى يتلوم فى ذلك ويتأنى ولا يعجل فان جاء مدع أو وارث والا قضى القاضى بالمال للمدعى وان كان المال وديعة عند رجل كان له أن يضمن القابض باجماع وهل له أن يضمن المودع فعلى قول محمد رحمه الله كان له ذلك وعلى قول أبى يوسف رحمه الله ليس له ذلك وان كان المال دينا فلصاحب المال أن يضمن الغريم وليس له أن يضمن القابض وان ضمن الغريم كان للغريم أن يرجع على القابض وأما اذا كان المال وصل اليه من قبل أبيه أوصى اليه أبوه وصورة هذا وتفسيره اذا كان لرجل ألف درهم دفعها الى رجل وجعله وصيا فيه ثم مات الموصى له فوصل المال الى ابن الموصى من جهة أبيه الذى كان أوصى بها الى ابنه وكان فى يديه فدفع الى هذا المدعى بامر القاضى ثم جاء صاحب المال حيا ولكن حضر وارثه فاقام البينة انه أخوه من أبيه وأمه لا وارث له غيره فلا ضمان على الذى قبله المال فى الوجوه كلها وان الذى فى يده المال أقر ان هذا أخ صاحب المال وانه قد مات الا انى لا أدرى أهذا وارثه أم لا لم يقض القاضى فى ذلك زمانا فلم يظهر له وارث آخر ودفع المقر المال الى المقر له بامر القاضى ثم جاء صاحب المال حيا قال محمد فى الكتاب فهو بمنزلة الموصى له فى جميع ماوصفت لك فى حق التضمين ولو بقى صاحب المال حيا لكن جاء رجل وأقام البينة انه ابنه قال فى الكتاب هذا بمنزلة الموصى له فى جميع ماوصفت لك فى انه لا ضمان على الذى قبله المال فى الفصول كلها وان الضمان على القابض ولو أن الذى فى يده المال أقر لرجل انه ابن الميت وان للميت ابنا آخر وقال الابن المقر له ليس له ابن آخر تلوم القاضى زمانا واذا تلوم زمانا ولم يحضر وارث آخر دفع المال كله اليه ثم قال فى الكتاب اذا تلوم القاضى زمانا ولم يظهر للميت ابن آخر أمر القاضى الذى قبله المال أن يدفع المال كله الى المدعى ويأخذ منه كفيلا ثقة ومالم يعطه كفيلا ثقة لا يدفع المال نظرا للغائب لجواز أن يكون للميت ابن آخر فمن مشايخنا من قال هذا قولهما أما على قول أبى حنيفة لا يأخذ كفيلا وقال بعض المشايخ لا بل هذا على الاتفاق فان جاء وارث آخر فلا ضمان على الذى قبله المال فى الوجوه كلها ولكن الضمان على القابض وكفيله ولو كان الذى حضر ادعى ان له على صاحب المال ألف درهم دينا وانه مات فصدقه الذى قبله المال فى ذلك لم يلتفت القاضى الى ذلك ولم يجعل بينهما خصومة حتى يحضر الوارث فى الوجوه الاربعة وهذا اذا أنكر المدعى أن للميت وارثا وقال لا أدرى له وارث أم لا فان أقر الذى قبله المال والمدعى انه ليس له وارث فالقاضى يتلوم ويتأنى زمانا ثم اذا تلوم زمانا ولم يظهر له وارث فالقاضى لا يدفع المال الى المقر ولكن ينصب لنصيب الميت وصيا ليستوفى مال الميت على الناس ويوفى ماعلى الميت للناس واذا نصب يأمر المدعى باقامة البينة على الوصى فان أقام البينة على هذا الوصى يأمر القاضى الوصى بان يدفع حقه اليه واذا دفع ثم جاء صاحب المال حيا والمال مستهلك عند المقر له كان الجواب فى الوجوه كلها الاربعة الوديعة والدين والغصب والايصاء كما قلنا فى الفصل الاول ولو لم يجئ صاحب المال حيا لكن حضر وارثه وجحد الدين لم يلتفت الى جحوده وكان قضاء القاضى ماضيا ولا يكلف المدعى المدين اقامة البينة على الوارث وقال فى الجامع الصغير رجل له وديعة أو غصب أو دين عليه فجاء رجل وأقام البينة أن صاحب المال قد توفى وهذا المدعى أخوه لابيه وأمه ووارثه لا وارث له غيره والذى قبله المال جاحد للمال أو مقر بالمال منكر لما سواه فالمدعى عليه خصم له فاذا قضى القاضى له بالمال كله فقبضه ثم جاء صاحب المال حيا وقد هلك فى يد القابض فان كان الذى عنده غاصبا فصاحب المال بالخيار ان شاء ضمن الشهود وان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن الاخ فان اختار تضمين الغاصب كان الغاصب بالخيار وان شاء ضمن الشهود ورجعوا على الاخ وان شاء ضمن الاخ لا يرجع على أحد ولا يرجع على الشهود وان كان الذى عليه المال مودعا فلا ضمان لصاحب المال على الشهود فاذا أخذ صاحب المال الدين من الغريم كان الغريم بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين أو ضمن الاخ فان ضمن الشهود رجعوا على الاخ وان ضمن الاخ لا يرجع على الشهود ولو لم يأت صاحب المال حيا فلا يتحقق موته كما شهدت الشهود فجاء رجل وأقام بينة انى ابن الميت قضى القاضى بذلك فلا ضمان على الدافع فى الوجوه كلها ولكن الابن مخير ان شاء ضمن الشهود وان شاء ضمن الاخ فان ضمن الاخ لم يرجع على الشهود وان ضمن الشهود رجعوا على الاخ ولو لم يقم الثانى بينة انه ابن الميت لكنه أقام بينة انه أخو الميت لابيه وأمه ووارثه قضى القاضى ببينته ويقضى القاضى له بنصف ماقبض الاول من الميراث ولا ضمان على الذى قبله المال فى الصور كلها ولا ضمان على الشهود هنا قال رحمه الله ﴿ولو ادعى رجل دينا والعبد عتقا وصدقهما الوارث سمى

فى قيمته وتدفع الى الغريم ﴾ وهذا عند أبى حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ لان الدين والعتق فى الصحة ظهرامعا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصار كانهما وجدا معاأوثبت ذلك بالبينة والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبراقراره بالدين من جميع المال و بالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار كاقرار المورث نفسه بان ادعى عليه رجل دينا وعبده عتقا فى صحته فقال فى مرضه صدقتما فانه يعتق العبد و يسعى فى قيمته فكذا هذا وقضية الدفع أن يبطل العتق فى المرض أصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه ولان الدين أسبق فانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق فى حال المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات وترك ألف درهم فقال رجل لى على الميت ألف درهم دين وقال آخر هذا الالف كان لى عنده وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء كذا فى الهداية وقال فى النهاية ذكر فخر الاسلام والكيسانى الوديعة أقوى عندهما الا عنده عكس ماذكر فى الهداية بخلاف اقرار المورث نفسه لان اقراره بالدين يثبت فى الذمة و بالوديعة يتناول العين فيكون صاحبها أولى لتعلق حقه بها واقرار الوارث بالدين يتناول عين التركة كاقراره بالوديعة يتناول العين وصاحب الكافى ضعف أيضا ماذكره صاحب الهداية وجعل الاصح خلافه وفى الفتاوى سئل أبو القاسم عمن أوصى الى رجل فقال اذا أدرك ولدى فاعتق عبدى هذا واعطه مائتى درهم والعبد معه وهو فى لعب منه فرضى العبد أن يعتق فى الحال ولا يطلب منه شيأ قال لا يجوز عتق العبد قبل الوقت الذى أقر به الوصى وسئل أبو بكر عمن أوصى بعتق عبده وأوصى له بصلة وللعبد متاع وكسوة من سيده وهبة وهبها له غير المولى قال لا يكون للعبد من ذلك المتاع الا ما يوارى عورته قال رحمه الله ﴿ و بحقوق الله قدمت الفرائض وان أخرها كالحج والزكاة والكفارات ﴾ لان الفرض أهم من النفل والظاهر منه البداية بالاهم قال فى الاصل اذا اجتمعت الوصايا فان كان ثلث المال يوفى بالكل أو أجازت الورثة الوصايا باسرها نفذت الوصايا باسرها وان لم تجز الورثة الوصايا فان كانت الوصايا كلها للعباد يقدم الاقوى فالاقوى والابدىء بما بدأ به كما سيأتى فى القول التى بعدها فان كان فى الوصايا عتق قدم على غيره وان استوت فى القوة فانهم يتحاصون فيها بان يضرب بقدر حقه فى الثلث وقد تقدم وان كانت الوصايا كلها لله تعالى ان كانت النوافل كلها عينا بان أوصى ان يتصدق بمائة على فقير بعينه وأوصى بان يعتق نسمة بعينها تطوعا فانهما يتحاصان ولا يبدأ بما بدأ به الميت فان كان صاحب النسمة لا يبيع النسمة بما يخصها أوماتت النسمة فى يد صاحبها حتى وقع العجز عن تنفيذ الوصية فانه يكمل وصية الموصى له بالمائة لان صحة الوصية للعبد صحت ثم بطلت لانا نعتبر البطلان بوقوع الياس عن تنفيذ الوصية للعبد فاما اذا كانت الوصايا كلها فرائض وقد استوت فى الوكالة وليس معها وصية لمعين بان أوصى باداء الزكاة و بحجة الاسلام و بان يعتق عنه عبد عن كفارة يمين فان على قول الفقيه أبى بكر البلخى يبدأ بما بدأ به الميت بخلاف مالو أوصى بعتق فى كفارة فطر فانه يبدأ بكفارة الفطر أو القتل وان أخرها الميت وقد روى أبو يوسف فى الامالى عن أبى حنيفة والحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه يبدأ بالحج ثم بالزكاة ثم بالعتق عن كفارة اليمين سواء بدأ بالحج أوأخر وفى الكافى وروى عن أبى يوسف انه يقدم عليه الزكاة بكل حال ثم يقدم الحج على الكفارات وكفارة الظهار والقتل واليمين مقدم على صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات كالنذر يقدم على الاضحية وماليس بواجب يقدم منه ماقدمه الموصى فان أوصى بعتق فى كفارة قتل أو كفارة يمين أو ظهار يبدأ بكفارة القتل وان أخرها الميت وان كانت الكفارة كفارة اليمين ساوت كفارة القتل فى القوة والوكالة بخلاف ما اذا أوصى بالعتق فى كفارة يمين و بالعتق فى كفارة ظهار و بكفارة جزاء الصيد و بكفارة الحلف فى الاذى فانه يبدأ بما بدأ به الميت وروى القاضى الامام الجليل فى شرح مختصر الطحاوى عن أصحابنا انه يبدأ بالزكاة ثم بالحج ثم بالعتق عن الكفارة هذا كله اذا لم يكن مع الفرائض نفل فان كان النفل بغير العين بان أوصى بان يحج عنه حجة الاسلام و يعتق عنه نسمة لا بعينها تطوعا فالفرض أولى وان أخره الميت وهذا استحسان والقياس أن يبدأ بالنفل اذا كان الميت بدأ بالنفل فاما اذا كان مع الفرائض عين بان أوصى بحجة الاسلام و بان يعتق عنه معين يتحاصان سواء بدأ بالعتق أو أخر هذه جملة ما أورده الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده وذكر الشيخ الامام الزاهد أحمد الطواف فى شرحه و يسن أن بعد الفرائض تقدم الكفارة على النذور وفى الذخيرة تقدم كفارة القتل على غيرها من الكفارات وعلى النذور وتقدم النذور على الاضحية وصدقة الفطر وتقدم صدقة الفطر على الاضحية لانها واجبة بالاتفاق وان كان مع الفرض وصية بعتق ونفل ليس بمعين بان

اوصى

أوصى لرجل بمائة درهم وأوصى بعتق نسمة لا بعينها فانه يجب التوزيع والمحاصة لتظهر صحة المعين فاذا ظهر صحة المعين من الثلث خرج المعين عن الوسط بقي بعد هذا فرض ونفل وليس بعين فيقدم الفرض فان بقي بعد الفرض شئ ولا يؤخذ بذلك نسمة قالوا يصرف الى الموصى له بالعين وفي فتاوى الخلاصة فان كان مع شئ من هذه الوصايا حق الله نحو ان يقول ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارة ولزيد قسم على أربعة أسهم وفي فتاوى أبي الليث اذا قال أخرجوا من مالي عشرين ألفا فاعطوا فلانا كذا وفلانا كذا حتى بلغ أحد عشر ألفا ثم قال والباقي للفقراء ثم مات فاذا ثلث ماله تسعة آلاف درهم والورثة لم يجيزوا فانه ينفذ من وصية كل واحد منهم تسعة أجزاء من عشرين جزأ ويبطل من وصية كل واحد منهم أحد عشر جزأ من عشرين جزأ ويجعل قوله والباقي للفقراء بعد ما سمى عشرين ألفا وذلك لكل واحد من ذلك نصيبهما حتى بلغ أحد عشر ألفا فانه قال اعطوا ثلث مالي لفلان كذا حتى بلغ أحد عشر ألفا ثم قال واعطوا الباقي للفقراء فاذا بلغ ماله تسعة آلاف أو أكثر الى أحد عشر ألفا لا شئ للفقراء ويعطى كل واحد من أصحاب الوصايا حصة كاملة ان كان الثلث أحد عشر ألفا ثم يعطى كل واحد منهم تسعة أجزاء من أحد عشر جزأ من وصيته ويبطل سهمان من أحد عشر وفي الواقعات للناطفي الواجبات في الوصايا على أربع مراتب ما أوجبه الله تعالى أبدا كالزكاة والحج والثاني ما أوجبه على العبد بسبب من جهته ككفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة القتل والثالث ما أوجبه على نفسه من غير ثبوته عليه بالنذر كقوله على صدقة أو عتق وما أشبهه والرابع التطوع كقوله تصدقوا عني بعد وفاتي وقد اختلفت الروايات في الحج مع الزكاة فمن أبي حنيفة في المجرد انه تقدم حجة الاسلام وان أخر الحج عن الزكاة في الوصية لفظا وفي نوادر ابن رستم اذا أوصى بالزكاة والحج والفرض يبدأ بما بدأ به الميت فعلى هذا الترتيب الذي بيناه يجب ايفاؤها مرتبة اذا لم يف ثلث ماله بذلك كله قال رحمه الله ﴿وان تساوت في القوة بدئ بما بدأ به﴾ لان الظاهر من حال المريض يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت فصار كأنه نص على تقديمه باعتبار حاله فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها وعن أبي يوسف ان الحج يقدم وهو قول محمد وهما يقدمان على الكفارة لرجحانهما عليها لانه جاء الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم الآية وقال تعالى فتكوى بها جباههم وجنوبهم وقال تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن ترك الحج الى غير ذلك من النصوص والاخبار الواردة فيهما وكذا ما ورد نص بوعيد فيه يقدم وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا وقد تقدم ان الوصايا اذا اجتمعت لا يقدم البعض على البعض الا العتق والمحاباة على ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتأخير ما لم ينص عليه ولهذا لو أوصى لجماعة على التعاقب يستوون في الاستحقاق ولا يقدم أحد على أحد غير ان المستحق اذا اتحد ولم يف الثلث بالوصايا كلها يقدم الاهم فالاهم باعتبار ان الموصى يبدأ بالاهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لان من عليه قضاء من صلاة أو حج أو صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة ولو فعل ذلك نسب الى الحيف وقدمنا لو كان معها وصية لآدمي قال رحمه الله ﴿وبحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه راكبا﴾ لانه وجب عليه أن يحج من بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب لان الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما اشترط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذي لزمه وفي النوازل وقال نصير رجل مات وأوصى بان يحج عنه فحج عنه ابنه ثم مات في الطريق قال ان لم يكن له وارث غيره فانه يحج عن الميت من وطنه ويغرم الوارث ما أنفق في الطريق وقال محمد بن سلمة الذي يحج عن الميت لا يتداوى من مال الميت ولا يحتجم ولا يشترى منه ماء ليتوضأ أو يغتسل من الجنابة ولا بأس بان يشترى ما يغسل به ثيابه وبدنه ورأسه من الوسخ ولم يتعرض المؤلف للوصية بالصدقة ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة وهذا يشتمل على أقسام الاول اذا أوصى بالتصدق بشئ فيتصدق بغيره سئل ابن مقاتل عمن أوصى أن يتصدق عنه بالف درهم فتصدق عنه بالحنطة أو على عكسه قال يجوز قال الفقيه معناه انه أوصى أن يتصدق عنه بالف درهم حنطة ولكن سقط ذلك عن السؤال فقيل له ان كانت الحنطة موجودة فاعطى قيمته دراهم قال أرجو أن يجوز وفي النوازل وبه نأخذ وفي الظهيرية رجل قال تصدقوا بثلث مالي وورثته فقراء فان كانوا كبارا كلهم فاجاز بعضهم لبعض جاز للوصي أن يعطيهم من ذلك شيأ وعن محمد لو أوصى بصدقة ألف درهم بعينها فتصدق الوصي مكانها بالف من مال الميت جاز وان هلكت الاولى قبل أن يتصدق الوصي يضمنه الورثة مثلها وعنه انه تبطل الوصية ولو أوصى بان يتصدق بشئ من ماله على فقراء الحج هل يجوز أن يتصدق على غيرهم من الفقراء قال الشيخ الامام أبو نصر يجوز ذلك وان

أوصى بالدراهم وأعطاهم حنطة لم يجز قال الفقيه وقد قيل انه يجوز و به نأخذ وسئل خلف عمن أوصى أن يتصدق بهذا الثوب قال ان شاؤا تصدقوا بعينه وان شاؤا باعوا وأعطوا ثمنه وان شاؤا أعطوا قيمة الثوب وأمسكوا الثوب وقال محمد بن سلمة بل يتصدق بعينه كما هو وكذا اللقطة ولو نذر وقال لله على أن أتصدق بهذا الثوب جاز أن يتصدق بقيمته قال الفقيه أبو الليث رحمه الله بقول خلف نأخذ فانه ذكر فى الزيادات فيمن أوصى أن يباع هذا العبد و يتصدق بثمنه على المساكين جاز لهم التصدق بعين العبد فثبت ان التصدق بالعين و بالثمن على السواء وسئل أبو القاسم عمن أوصى الى رجل وقال له بالفارسية فلان نم راجام كر فاعطاه ثمن السكر باس قال هذا يقع على المخيط و فى الاجناس وفى نوادر ابن سماعة عن محمد اذا أوصى أن يتصدق عنه بالف درهم فتصدق بقيمتها دنانير يجوز وفى الخانية روى ابن سماعة عن محمد انه يجوز ولو أوصى أن يتصدق بثمنه فليس له أن يمسك الثوب للورثة و يتصدق بقيمته ولو قال اشتر عشرة أثواب وتصدق بها فاشترى الوصى فله أن يبيعها و يتصدق بثمنها وكذلك لو قال تصدقوا بثلث مالى وله دور وأرضون فللوصى ان يبيع تلك الدور والارضين و يتصدق بالثمن وكذلك لو قال تصدقوا بثلث مالى و بهذا العبد فللوصى أن يبيع ذلك العبد و يتصدق بالثمن وعن محمد اذا أوصى أن يتصدق عنه بالف درهم بعينها فتصدق الوصى بالف أخرى مكانها من مال الميت جاز والحاصل ان الحى اذا نذر بالتصدق بمال نفسه فتصدق بمثله أو قيمته ففيه روايتان فان هلكت الالف التى عينها الوصى قبل أن يتصدق الوصى ضمن الوارث مثلها وعنه أيضا لو أوصى بالف درهم بعينها تصدق عنه فهلكت الالف بطلت الوصية وفى النوازل اذا أوصى لرجل بهذه البقرة لم يكن للورثة أن يتصدقوا بثمنها قال الفقيه و به نأخذ * القسم الثانى من هذا النوع اذا أوصى أن يتصدق على مسكين بعينه فتصدق على غيره ضمن وفى نوادره اذا أوصى أن يتصدق على مساكين مكة أو مساكين الرى فتصدق الوصى على غير هذا الصنف ضمن ان كان الآخر حيا وكذلك لو أوصى أن يتصدق على المرضى من الفقراء أو الشيوخ من الفقراء فتصدق على الشباب من الفقراء ضمن فى ذلك كله ولم يقيد هذه المسئلة بحياة الآمر وفى الخانية ولو قال لله على أن أتصدق على فلان فتصدق على غيره لو فعل ذلك بنفسه جاز ولو أمر غيره بالتصدق ففعل المأمور ذلك ضمن المأمور ولو قال لله على أن أتصدق على مساكين مكة فله أن يتصدق على غيرهم وعن أبى يوسف رواية أخرى فيمن أوصى أن يتصدق عنه على فقراء مكة فتصدق على فقراء غيرها أنه يجوز وسئل أبو نصر عمن أوصى أن يتصدق عنه لهم فتصدق على غيرهم من الفقراء قال يجوز على ما تقدم عنه وفى أمالى الحسن قول أبى حنيفة كقول محمد والمذكور فى الامالى اذا أوصى لمساكين الكوفة فقسم الوصى فى غير مساكين الكوفة ضمن ولم يفرق بين حياة الآمر و بين وفاته والفتوى على الجواز فى هذه المسائل وفى نوادر أبى يوسف اذا قال لعبده تصدق بهذه العشرة الدراهم على عشرة مساكين فتصدق بها على مسكين واحد دفعة واحدة جاز قال وهذا على ان الآمر فى الصدقة ليس على عدد المساكين ولو قال تصدق بها على عشرة لا يجوز وفى الظهيرية لو قال تصدق بها على مسكين واحد فاعطاها عشرة مساكين جاز ولو قال فى عشرة أيام فتصدق فى يوم واحد جاز وكذا فى الخانية وفى الفتاوى سئل ابراهيم بن يوسف عمن أوصى لفقراء أهل بلخ فالافضل أن لا يتجاوز بلخ ولو أعطى فقراء مكة وكورة أخرى جاز قال رحمه الله ﴿والا فمن حيث يبلغ﴾ أى ان لم يبلغ ثلث النفقة اذا أحجوا عنه من بلده حجوا من حيث يبلغ والقياس أن لا يحج عنه لانه أوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن ولا يمكن على هذا الوجه فيوفى به على وجه ممكن وهو أولى من ابطاله بخلاف العتق وقد فرقنا بينهما فيما اذا أوصى بان يشترى عبدا بمال قدره فضاع بعضه على قول أبى حنيفة قال رحمه الله ﴿ومن خرج من بلده حاجا فمات فى الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده﴾ وان أحجوا عنه من موضع آخر فان كان أقرب من بلده الى مكة ضمنوا النفقة وان كان أبعد لا ضمان عليهم لانهم فى الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضى ذلك وفى الثانى حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند أبى حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات استحسانا لأن سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض من قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله ومن يخرج من بيته مهاجرا الآية ولم ينقطع سفره بموته بل كتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولابى حنيفة ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده لانه الواجب عليه على ما قررناه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاث الحديث والمراد بالثلاث فى حق أحكام الآخرة من الثواب وهذا

الخلاف

الخلاف فيمن له وطن وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه انما كان يتجهز من حيث هو فكذا اذا حج غيره لان وطنه حيث حل قال رحمه الله ﴿والحاج عن غيره مثله﴾ أى المأمور بالحج عن الغير فحج عنه فمات فى الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه اذا مات فى الطريق حتى يحج عنه كما بينا من وطنه عند أبى حنيفة وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناها فى كتاب الحج والله أعلم

﴿باب الوصية للاقارب وغيرهم﴾

قال فى العناية انما أخر هذا الباب عما تقدم لان فى هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبداية لو العموم وقوله جيرانه كان حق الكلام أن يقدم ذكر الوصية للاقارب نظرا الى ما فى الترجمة ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال قدم ذكر الجيران للاهتمام بهم قال رحمه الله ﴿جيرانه ملاصقوه﴾ يعنى لو أوصى الى جيرانه يصرف ذلك للملاصقين لجداره وهذا عند أبى حنيفة وهو القياس لانه مأخوذ من المجاورة وهى الملاصقة ولهذا حمل قوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعته حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع صرف اليه ألا ترى انه يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية فوجب صرفه الى أخص الخصوص وهو الملاصق فى الاستحسان وفى قولهما جار الرجل هو من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد ففسر بكل من سمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران برهم والاحسان اليهم واستحسانه ينتظم الملاصقين وغيرهم الا انه لا بد من الاختلاط ليتحقق منهم معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد وقال الشافعى رحمه الله الجار الى أربعين دارا من كل جانب لقوله عليه الصلاة والسلام حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند أهل النقل فلا يصح الاحتجاج به ويستوى فيه الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما فى يده للاختصاص به ثبت له ولا يملكه المولى الا بالتمليك منه ألا ترى أنه يجوز له أخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وأم الولد فالارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا تدخل التى لها بعل لان سكناها غير مضاف اليها وانما هى تبع فلم تكن جارا حقيقة وفى المنتقى ولو أوصى بثلث ماله لجيرانه فان كانوا يحصون يقسم على أغنيائهم وفقرائهم ولذلك لو قال لاهل محلة كذا أو لاهل مسجد كذا لانه ليس فى اللفظ ما يدل على التخصيص قال محمد رحمه الله رجل أوصى بمائة درهم لرجل من جيرانه ثم أوصى لجيرانه بمائة ينظر فيما أوصى لهذا وفيما يصيبه مع الجيران فيدخل الاقل فى الاكثر لان المائة اذا كانت أكثر فانه يستحقها باسم الجيرة وقد آثره الموصى بتعيين المائة فلا يستحق شيأ آخر فاذا كان نصيبه مع الجيران أكثر يكون رجوعا عما سمى له وشركاله مع الجيران كلهم ولو أوصى بثلث ماله لمجاورى مكة فان الوصية جائزة فان كانوا لا يحصون صرف الى أهل الحاجة منهم وان كانوا يحصون قسمت على رؤسهم واختلفوا فى تفسير الاحصاء وتقديره على قول أبى يوسف لا يحصون الا بكتاب وحساب فانهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا أكثر من المائة لا يحصون وان كانوا أقل يحصون وقيل الامر موكول الى رأى القاضى وهو الاحوط وقال أبو يوسف الكهول أهل بيته فهو لابناء الثلاثين الى الاربعين والشاب اذا احتلم الى ثلاثين والشيخ من كان شيبه أكثر فهو شيخ وان كان السواد أكثر فهو ليس بشيخ وعن أبى يوسف فى رواية أخرى ان الكهل من له أربعون سنة الى خمسين وذكر فى موضع آخر اذا بلغ ثلاثا وثلاثين سنة صار كهلا وقال فى موضع آخر اذا بلغ الثلاثين وخالطه الشيب فهو كهل وان لم يخالطه فهو شاب وفى بعض الروايات الاعتبار بالسن لانه أمكن مراعاة فى حق الكل على نهج واحد وفى بعضها اعتبر من حيث الامارة والعلامة فان الناس يتعارفون ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامة وهو الشمط والشيب قال رحمه الله ﴿وأصهاره كل ذى رحم محرم من امرأته﴾ لما روى أنه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبى صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيد الله وفى الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وقال القرافى فى قوله تعالى وهو الذى خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذى يحل نكاحه كبنات العم والخال وأشباههن من القرابة التى يحل تزويجها وعن ابن عباس خلاف ذلك فانه قال حرم الله من النسب

سبعاومن الصهرسبعا حرمت عليكم أمهاتكم الى قوله تعالى و بنات الاخت ومن الصهر سبعا بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الى قوله وان تجمعوابين الاختين قال فى المغرب عقيب ذكره قاله الازهرى وهذاهو الصحيح لاارتياب فيه هذاهو المذكور فى كتب اللغة وكذايدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل أصهار وشرطه ان يموت وهى منكوحته أو معتدته من طلاق رجعى لامن بائن سواء ورثت بان أبانها فى المرض أولم ترث لان الرجعى لايقطع النكاح والبائن يقطعه وقال الحلوانى الاصهار فى عرفهم كل ذى رحم محرم من نسائه الذى يموت هو وهن نساؤه أوفى عدة منه وفى عرفنا أبو المرأة وأمها ولا يسمى غيرهما اصهارا قال رحمه الله ﴿واختانه زوج كل ذى رحم محرم منه﴾ كازواج البنات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكل ذى رحم محرم منه محرم من أزواجهن لانهن يسمون اختانا وقيل هذا فى عرفهم وفى عرفنالايتناول الاأزواج المحارم و يستوى فيه الحر والعبد قال اذا أوصى بثلث ماله لاختانه أولاختان فلان فاعلم ان الاختان أزواج كل ذى رحم محرم منه كأزواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا كل ذى رحم محرم من أزواج هؤلاء من ذكر أوأنثى فهما اختان كذاذكر محمد فى الكتاب قال مشايخنا وهذابناء على عرف أهل الكوفة أمافى سائر البلدان اسم الختن يطلق على زوج البنت وزوج كل ذى رحم محرم منه ولا يطلق على ذى رحم محرم منه من أزواج هؤلاء والعبرة للعرف وفى الكافى و يستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد واللفظ يشمل الكل قال ولايكون الاختان من قبل أبى الموصى يريد به ان امرأة الموصى اذا كانت لها بنت من زوج آخر ولها زوج فزوج ابنتها لايكون ختنا للموصى فلوأوصى لاصهاره من نساء الموصى فهى صهره هكذاذكر محمد فى الكتاب وتقدم غيره والاخذ بماذكر محمد أولى لانه موافق للعرف وانمايدخل تحت الوصية من كان صهرا للوصى يوم موته لماذكرنا ان المعتبر حالة الموت وذلك انمايكون اذا كانت المرأة التى يثبت بها الصهر منكوحة له عند الموت أومعتدة عنه بطلاق رجعى أمااذا كانت بائنة بثلاث تطليقات أو بتطليقة بائنة فلاوكذلك فى مسئلة الاختان انماتدخل تحت الوصية من كان ختنا للوصى عند موته وذلك انمايكون لقيام النكاح بين محارمه وأزواجهن عند موت الموصى و يستوى ان تكون المرأة أمة أوحرة على دينه أوغير دينه كما فى المنتقى اذاقال أوصيت لزوجة ابنى بكذا فهو على زوجها يوم مات الموصى ولوقال لازواج ابنتى ولابنته أزواج قدطلقوا وزوج حال الموت لم يطلقها فالوصية للكل ولوأوصى لامرأة ابنه فهذا على امرأة ابنه يوم موت الموصى وانمايدخل تحت الوصية امرأة واحدة حتى لوكان لابنه امرأة يوم الوصية وتزوج بامرأة أخرى ثم مات الموصى فالخيار الى الورثة يعطون أيتهما شاؤاو يجبرون على ان يبينوافى أحدهما قال رحمه الله ﴿وأهله زوجته﴾ وهذاعند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يتناول كل من يعولهم وتضمنهم نفقته غير مماليكه اعتبارا بالعرف وهومؤيد بالنص قال الله تعالى وأتونى بأهلكم أجمعين وقال تعالى ونجيناه وأهله الاامرأته والمراد من كان فى عياله ولأبى حنيفة ان الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى وسار بأهله والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة قال رحمه ﴿وآله أهل بيته﴾ وقال عليه الصلاة والسلام من تأهل ببلدة فهومنها لان الآل القبيلة التى ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى أقصى أب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولايدخل فيه أولاد البنات وأولاد الاخوات ولاأحد من قرابة أمه لانهم لاينسبون الى أبيه وانماينسبون الى آبائهم فكانوا من جنس آخر لان النسب يعتبر من الآباء وفى المبسوط ولوأوصى بماله لقرابته فالقرابة من قبل الاب لان القرب يثبت بالاتصال من الجانبين فان أوصى لذوى قرابته أولذوى أرحامه فعند أبى حنيفة هو لكل ذى رحم محرم منه اثنان فصاعدا الاقرب وعندهما يستحقه الواحد و يستوى فيه المحرم وغير المحرم والبعيد والقريب وهو قول الشافعى لهما ان القرابة اسم عام يعم الكل و يشملهم بدليل انه لمانزل قوله تعالى وأنذر عشيرتك الاقربين دعارسول الله صلى الله عليه وسلم قبائل قريش وأنذرهم فاكثر بنى هاشم ليس بمحرم منه و بعيد عنه فى القرابة ولان اطلاق القريب فى استعمال الكلام فى الاباعد من الاقارب أكثر من اطلاقه على الاقرب من الاقارب فانه يقال لمن بعد منه هذاقريبى ولايقال لمن قرب منه كالعم هذاقريبى والقرابة اسم جنس فيتناول الواحد فصاعدا كاسم الرجل وأبو حنيفة اعتبر فى الاستحقاق أربعة شرائط أحدها ان يكون المستحق اثنين فصاعدا اذا كانت الوصية باسم الجمع وهو قوله قرابتى من القرب ومعنى الاجتماع فيه وهومقابلة الفرد بالفرد والجمع من وجه ملحق بالجمع من كل وجه فى الميراث فكذا فى الوصية لانها أخت الميراث والثانى انه يعتبر الاقرب فالاقرب لانه علق استحقاق المال

باسم

باسم القرابة وفى الميراث يقدم الاقرب فالاقرب ويكون الابعد محجوبا بالاقرب فكذا فى الوصية لانهما اخوان لقوله عليه الصلاة والسلام الوصية أخت الميراث والاختية تقتضى الاستواء والمشاركة فى أصل الاستحقاق والثالث أن يكون ذا رحم محرم من الموصى حتى ان أولاد العم لا تستحقه بهذه الوصية لان المقصود من الوصية صلة القرابة فيختص بها من يستحق الصلة بالقرابة وهو القرابة المحرمة للنكاح الموجبة للصلة لانه يتعلق بها صلة استحقاق النفقة والعتق عند دخوله فى ملكه والرابع أن لا يكون ممن يرث من الموصى لان قصد الموصى صحة الوصية ولا تصح الوصية للوارث ويستوى فيه الرجال والنساء لان اسم القرابة يتناولهما لصفة واحدة وليس فى لفظ الموصى ما يدل على تفضيل الذكر على الانثى ولا يدخل فيه الوالدان والولد لانهما لا ينطبق عليهما اسم القرابة لقوله تعالى للوالدين والاقربين فقد عطف الاقربين على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه ولان الجزئية والبعضية بينهما ثابتة واسم القرابة لا يطلق مع وجود الجزئية والبعضية فى عرف الاستعمال والجد والجدة وولد الولد من ذكر وأنثى يدخلون فى هذه الوصية لانهم ينسبون اليه بواسطة القريب وروى الحسن عن أبى حنيفة ان الجد لا يدخل بمنزلة الاب لان اسم الاب يتناوله فلا يتناول اسم القريب عند أبى حنيفة فلو كان واحدا يستحق نصف الوصية لان ما زاد على الواحد ليس له نهاية معلومة فلا يعتبر للزاحم أكثر من الواحد كما فى الميراث قال رحمه الله ﴿وجنسه أهل بيت أبيه﴾ لان الانسان يتجنس بأبيه فصار كانه هو بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الاب والام لان الكل يسمون قرابته فلا يختص بشئ منهم وكذا أهل نسبته وأهل نسبه فيكون حكمه حكم جميع ما ذكرنا ويدخل فيه الاب والجد لان الاب أصل النسب والجد أصل نسب أبيه وقال فى الكافى لو كان الاب الاكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية للمضاف لا للمضاف اليه ولو أوصت المرأة لجنسها أو لاهل بيتها لا يدخل ولدها لان ولدها ينسب الى أبيه لا اليها الا أن يكون أبوه من قوم أبيها وقرابته قال رحمه الله ﴿وان أوصى لاقاربه أو لذوى قرابته أو لارحامه أو لانسابه فهى للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد والوارث ويكون للاثنين فصاعدا﴾ وهذا عند أبى حنيفة وقالا الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له فى الاسلام وان لم يسلم بعد ان أدرك الاسلام أو أسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر فى مثل أبى طالب وعلى رضى الله عنه اذا وقعت الوصية لاقرباء النبى صلى الله عليه وسلم لا يدخل فيه أولاد أبى طالب وعلى هذا وقعت الوصية على قول من شرط الاسلام ويدخلون على قول من شرط ادراك الاسلام ومن شرط اسلامه صرفه الى أولاد على لا غير ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام لهما ان الاسم يتناول الكل لان لفظة القريب حقيقة للكل اذ هى مشتقة من القرابة فيكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة ولأبى حنيفة ان الوصية أخت الميراث وفى الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا فى أخته لان الاخت لا تخالف الاخت فى الاحكام ولان المقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط فى اقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب يختص بذى الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان كلا منهما قيده بما ذكره والامام الشافعى قيده بالاب الادنى ولا تدخل قرابة الاولاد عندنا لانهم لا يسمون أقرباء عادة ومن يسمى والده قريبا يكون منه عقوقا اذ القريب فى عرف أهل اللغة من تقرب الى غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين فى قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين والعطف للمغايرة ولو كان منهم لما عطفوا عليهما ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انهم لا يدخلون وقيل ما ذكراه الى انه يصرف الى أقصى أب له فى الاسلام كان فى ذلك الزمان حين لم يكن فى أقرباء الانسان الذين ينسبون الى أقصى أب له فى الاسلام كثرة وأما فى زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فيصرف الوصية الى أولاد أبيه وجده وجد أبيه وأولاد أمه وجد أمه وجدته وجدة أمه ولا يصرف الى أكثر من ذلك ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين وانما يكون للاثنين فصاعدا عنده لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفى الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا فى الوصية لانها أخته قال الراجى عفو ربه هذا ظاهر فى الاقارب وأما فى الانسان فمشكل لانه جمع نسب وفيه لا تدخل قرابته من جهة الام فكيف دخلوا فيه هنا قال فى الاصل ولو ترك الموصى ولدا يحوز ميراثه وترك عمين وخالين فالوصية عند أبى حنيفة للعمين وانما شرط قيام الولد كيلا يكون العمان وارثين وعند أبى يوسف ومحمد الوصية بين العمين والخالين أرباعا لاستوائهم فى تناول اسم القريب ولو كان عما وخالين فللعم النصف والباقى للخالين عند أبى حنيفة وعندهما الوصية بينهم بالسوية وان ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة عند أبى حنيفة وفى الكافى اذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان

فالوصية لعميه عند أبى حنيفة وعندهما يقسم بينهم أرباعا وكذا فى قوله لارحامه ولذوى أرحامه ولأنسابه ولذوى أنسابه ولو قال لذوى قرابته أولذى نسبته أولقرابته فالجواب ماذكرنا اذ هنا لا يعتبر الجمع عند أبى حنيفة فانه يدخل تحت الوصية الاقرب فالاقرب والواحد فصاعدا بلا خلاف وفى الكافى ولو أوصى لذوى قرابته لا يشترط فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم عنده قال ويعتبر فى هذه المسائل قرابة الموصى له وقت موت الموصى لا وقت الايصاء قال فى الاصل وان لم يكن للموصى ذو رحم فى هذه المسائل فالوصية باطلة عند أبى حنيفة وفى النوازل وفى الظهيرية الوصية للقرابة اذا كانوا لا يحصون اختلف المشايخ فى جوازها قال بعضهم انها باطلة وقال محمد بن سلمة انها جائزة وعليه الفتوى لانها قربة لكونها صلة ولو أوصى بثلث ماله لاهل بيته دخل فى الوصية كل من يتصل به من قبل آبائه الى أقصى أب له فى الاسلام يستوى فيه المسلم والكافر والذكر والانثى والمحرم والقريب والبعيد ونسب الانسان من قبل أبيه وكل من يتصل به من قبل آبائه الى أقصى أب فى الاسلام فهو من أهل بيت نسبته فيدخل تحت الوصية ولا يدخل تحت الوصية أولاد البنات قال الا اذا كان أزواجهن من بنى أعمام الوصى وعشيرته ولا يدخل فيه أولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أم الموصى واذا أوصى لجنسه فهذا وما لو أوصى لاهل بيته سواء لان الانسان من جنس قوم أبيه ألا ترى ان ابراهيم ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قرشيا وكذلك أولاد الخلفاء يصلحون للخلافة وان كان أكثرهم من الاماء واعتبروا من جنس قوم آبائهم فصار قوله وجنسه وقوله لاهل بيته سواء وكل من يتصل به الى أقصى أب فى الاسلام يدخل تحت الوصية ان أوصى لآله فهذا وما لو أوصى لاهل بيته سواء لانهم يستعملون استعمالا واحدا يقال آل محمد وأهل بيت محمد وآل عباس وأهل بيت عباس اذا أوصى بثلث ماله لاهله أو لاهل فلان فالوصية للزوجة خاصة دون من سواها قياسا الا انا استحسنا وجعلنا الوصية لكل من يكون فى عياله وتلزمه نفقتهم ويضمهم بيته ولا يدخل تحت الوصية مماليكه فلو كان أهل فى بلدتين أو فى بيتين دخلوا تحت الوصية لعموم اللفظ قال رحمه الله ﴿فان كان له عمان وخالان فهى لعميه﴾ لانهما أقرب كما فى الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى فى الوصية على ما بينا فكذا هنا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يكون بينهم أرباعا لانهم لا يعتبرون الاقرب وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ولو كان له عم وخالان كان له النصف ولهما النصف﴾ أى لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما أوصى به وللخالين النصف لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان فى الوصية على ما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جميعا فيأخذ هو النصف لانه أقرب ويأخذان النصف بخلاف ما اذا أوصى لذى قرابته حيث يكون جميع اعتبار الوصية للعم اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا انه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه اثنان فى الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف والنصف الآخر يرد الى الورثة قال رحمه الله ﴿ولو له عم وعمة استويا﴾ لان قرابتهما مستويان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا حتى لو كان له اخوال معهما لا يستحقون شيأ لانهما أقرب ولا حاجة الى الضم اليهما لكمال النصاب بهما ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها متقيدة بهذا فلا بد من مراعاته وهذا كله عند أبى حنيفة وعندهما لا تبطل ولا تختص الاعمام بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما وقدمنا بيانه قال رحمه الله ﴿ولولد فلان للذكر والانثى سواء﴾ يعنى لو أوصى لأولاد فلان للذكر والانثى سواء لان اسم الولد يشمل الكل وليس فى اللفظ شئ يقتضى التفضيل فتكون الوصية بينهم على السواء قال فى العينى على الهداية قال الفقيه أبو الليث ولو أوصى لولد فلان ولفلان ولد الصلب وله ولد ولد فالوصية كلها له وليس لولد الولد شئ وقال شمس الائمة فى شرح الكافى لو كان له ولد واحد ذكر أو أنثى فجميع الوصية له وذكر الكرخى بخلاف ذلك فقال اذا أوصى بثلث ماله لولد فلان وله ولد الصلب ذكرا أو أنثى كان الثلث لهم بعد ان يكونا اثنين فصاعدا ولم يكن لولد ولده شئ ولو كان لصلبه واحد وله ولد ولد كان للذى لصلبه نصف الثلث ذكرا كان أو أنثى وكان ما يبقى لولد ولده بالسوية الذكر والانثى وهذا كله قول أبى حنيفة اه ولو أوصى لولد فلان أو لابن فلان فهذا على وجهين اما ان كان فلان أبا قبيلة يعنى أبا جماعة كثيرة كتميم لبنى تميم وأسد لبنى أسد أو كان فلان أبا خاص ليس باب لجماعة كثيرة واعلم بأن أولى الاسامى فى هذا الباب الشعب بفتح الشين سمى شعبا لتشعب القبائل منها ولهذا بدأ الله تعالى بذكره فقال يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة فمضر شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصى بطن وهاشم أبو جد النبى صلى الله عليه وسلم فخذ وعبد المطلب فصيلة واذا أوصى لبنى قريش وقريش عمارة فانه لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر وكنانة وتدخل أولاد قريش

وأولاد قصى وهاشم وأولاده والعباس وأولاده واذا أوصى لبنى قصى وهم بطنه فانه لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر وكنانة وأولاد قريش ويدخل من دونهم واذا أوصى لبنى هاشم الذى هو فخذ فانه لا يدخل تحت الوصية من فوقهم ويدخل من دونهم من أولاد الفصيلة ولو أوصى لبنى الفصيلة فانه يدخل تحت الوصية أولاد العباس وأولاد أبى طالب وأولاد على ولا يدخل من فوقهم قال الشيخ الزاهد أحمد الطواويسى مثال الفخذ مضر ومثال البطن بنو هاشم ومثال القبيلة قريش ومثال الشعب العرب وفى الذخيرة واذا أوصى لولد على وهم فخذ لا يدخل تحته من فوقهم وهم أولاد قريش لانهم فوقهم فاذا عرفنا هذه الجملة جئنا الى المسئلة التى ذكرناها وهو ما اذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وفلان القبيلة وله أولاد ذكور واناث فان ثلث ماله يكون بين الذكور والاناث من أولاده بالسوية اذا كانوا يحصون بالاجماع وان كن اناثا كلهن ولم يذكر هذا فى الكتاب قالوا ينبغى أن يكون الثلث لهن وان كانوا ذكورا كلهم يستحقون كله فاما اذا كان فلان أبا واحدا وله أولاد ذكور كلهم فان ثلث ماله لهم وان كان الاولاد اناثا كلهن لاشئ لهن وان كان فلان أبا خاصا وأولاد فلان ذكورا أو اناثا اختلفوا فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف الوصية للذكور منهم دون الاناث وقال محمد بان الوصية للذكور والاناث بينهم بالسوية اذا كانوا يحصون وقد روى يوسف بن خالد السمنى عن أبى حنيفة مثل قول محمد حكى الكرخى انه كان يقول ما ذكره فى هذه الرواية قول أبى حنيفة الآخر وما يرويه يوسف بن خالد السمنى قوله الاول وكان يجعل لأبى حنيفة قولا كان أولا وآخرا فى هذه المسئلة فيقول قوله الأول قياس وقوله الآخر استحسان فان لم يكن لفلان أولاد صلبية وكان له أولاد أولاد هل يدخلون تحت الوصية يدخلون كلهم وبن كان له أولاد بنات فانهم لا يدخلون تحت الوصية وان كانوا ذكورا كلهم أو كانوا ذكورا واناثا لاغير وان كان أولاد البنات اناثا كلهن فلا شك انه لاشئ لهن وفى الذخيرة سئل عن هذه المسئلة فقال أولاد البنات لا يدخلون تحت الوصية ثم أنشد

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاباعد

هذا اذا أوصى لبنى فلان فأما اذا أوصى لولد فلان ولفلان بنات لاغير دخلن تحت الوصية بخلاف ما لو أوصى لبنى فلان ولفلان بنات لاشئ لهن فان كان لفلان بنون وبنات فالثلث بينهم عندهم جميعا ويكون ثلث ماله بينهم بالسوية لا يفضل الذكور على الاناث قال فان كانت له امرأة حامل دخل ما فى بطنها فى الوصية أيضا ولا تدخل أولاد الاولاد تحت هذه الوصية كولد فلان وولد فلان وولد فلان فى الحقيقة من يولد لفلان والذى يولد منه ابنه وابنته لصلبه فأما ولد ابنه أو ابنته يولد من ابنه أو ابنته ولم يتولد من فلان وكان حقيقة هذا الاسم لولد الصلب فما دام لفلان ولد صلبه لا يدخل ولد ابنه وهذا اذا كان فلان أبا خاصا فاذا كان هو أبا فخذ فأولاد الاولاد يدخلون تحت الوصية حال قيام ولد الصلب وان لم يكن له ولد الا ولدا واحدا كان الثلث له بخلاف ما لو أوصى لاولاد فلان وله ولد واحد فانه يستحق النصف واذا أوصى لاولاد فلان وليس لفلان أولاد لصلبه يدخل تحت الوصية أولاد البنين وهل يدخل فيه أولاد البنات فيه روايتان فى دخول بنى البنات أما بنات البنات لا يدخلون فى الوصية رواية واحدة ولو أوصى لاولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم العلوية والشيعية والفقهاء والعلماء وأصحاب الحديث صحت الوصية وسئل الفقيه أبو جعفر عن رجل أوصى لاولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر ان أبا نصر بن يحيى كان يقول الوصية لاولاد الحسن والحسين ولا تكون لغيرهما ٧ فأما العمرية فهل يدخلون فى هذه الوصية قال ينظر كل من كان ينسب الى الحسن والحسين ولا يكون لغيرهما فأما العمرية فهل يدخلون فى هذه الوصية ويتصل بما يدخل فى هذه الوصية لانه كان رضى الله عنه زوج ابنتيه من ولد عمر رضى الله عنه واذا أوصى للعلوية فقد حكى عن الفقيه أبى جعفر انه لا يجوز لانهم لا يحصون وليس فى هذا الاسم ما ينبى عن الفقر أو ذى الحاجة ولو أوصى لفقراء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء لا تجوز ولو أوصى لفقرائهم يجوز وقد حكى عن بعض مشايخنا ان الوقف على معلمى الصبيان فى المساجد يجوز لان عامتهم فقراء والفقر فيهم هو الغالب فصار حكم غلبة الفقر كالمشروط قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى كان الامام القاضى يقول على هذا القياس اذا أوصى لطلبة علم كورة كذا أو لطلبة علم كذا يجوز ولو أعطى الوصى واحدا من فقراء الطلبة أو من فقراء العلوية جاز عند أبى يوسف وعند محمد لا يجوز الا اذا صرف الى اثنين منهم واذا أوصى للشيعة ومحبيه قال محمد اعلم بان كل مسلم شيعة ومحب لآل رسول الله صلى الله عليه وسلم واما ما وقع عليهم الوهم من انهم الذين يعرفون بالميل اليهم وصاروا موسومين بذلك دون غيرهم فقد قيل الوصية باطلة قياسا اذا كانوا لا يحصون واذا أوصى لفقراء الفقهاء حكى عن الفقيه أبى جعفر انه قال الفقيه عندنا من بلغ من الفقه الغاية وليس المتفقه بفقيه وليس له من الوصية بنصيب قال الفقيه أبو جعفر انه لم يكن فى بلدنا أحد يسمى فقيها غير

أبي بكر الاعمش شيخنا وقد أهدى أبو بكر الفارسي مالا كثيرا لطلبة العلم حين نادوه في مجلس أيها الفقيه واذا أوصى لاهل العلم ببلدة كذا فانه يدخل فيه أهل الفقه وأهل الحديث ولا يدخل من يتعلم الحكمة وفي الخانية ولا يدخل من يتعلم الحكمة مثل كلام الفلاسفة وغيره لان هؤلاء يسمون المتفلسفة لا طلبة علم وهل يدخل فيه المتكلمون فلاذ كر لهذه المسئلة أيضا في الكتب وعن أبي القاسم ان كتب الكلام ليست كتب علم يعني في العرف ولا يسبق الى الفهم فلا يدخل تحت كتب العلم فعلى قياس هذه المسئلة لا يدخل في الوصية المتكلمون واذا أوصى بثلث ماله على فقراء طلبة العلم من أصحاب الحديث الذين يختلفون الى مدرسة منسوبة في كورة كذا فالمتعلم للفقه اذا لم يكن من جملة أصحاب الحديث لا يتناول شفعوى المذهب ويتناول من يقرأ الاحاديث ويسمع ويكون في طلب ذلك سواء كان شفعوى المذهب أو حنفي المذهب أو غير ذلك ومن كان شفعوي المذهب الا انه لا يقرأ الاحاديث ولا يسمع ولا يكون في طلب ذلك لا يتناوله اسم أصحاب الاحاديث قال في المحيط ولو أوصى لبني فلان فان كانوا لا يحصون فالوصية باطلة لانا نعجز عن تنفيذ هذه الوصية لانه لا يمكنه تنفيذها للكل لانهم لا يحصون فبطلت الوصية كما لو أوصى لواحد من عرض الناس بخلاف مالو أوصى للفقراء لان الوصية للفقراء وقعت لله تعالى والفقراء مصارف ولهذا لا يرتد بردهم وجاز صرفها الى الواحد منهم عند أبي يوسف لانه واحد معلوم فوقعت الوصية له بخلاف الوصية لبني فلان لانها تناولت الاغنياء كما تناولت الفقراء فيقع للغني لا لله تعالى حتى ترتد برده ولو أوصى لبني فلان وهم لا يحصون فان كانوا فقراء جازت الوصية لانها وقعت لله تعالى وان كانوا أغنياء لا يجوز لانها وقعت للعباد وقد تعذر تنفيذها ثم لا يخلو اما ان كان فلان أبا قبيلة أو فلان أب أو جد فان كان فلان أبا قبيلة وهم ذكور واناث فالثلث بينهم بالسوية ان كانوا يحصون لان النساء اذا اختلطن بالرجال يدخلان في خطاب الرجال قال الله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وقد تناول ذلك الرجال والنساء جميعا وقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس قد تناول الذكور والاناث فان كن اناثا خاصا لم يذكره في الكتاب وقالوا على قياس تعليل محمد لهذه المسئلة يكون الثلث لهن لانه ذكر وقال يحسن أن يقال هذه المرأة من بني فلان اذا كان فلان أبا أو جدا وله أولاد بنات فلا شيء لهن وان كانوا ذكورا وبنات فالثلث للذكور خاصة عند أبي حنيفة وعندهما للذكور والاناث وذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو الاصح وعند محمد يدخل الاناث لمحمد أن الاناث متى اختلطت بالذكور يتبعن الذكور ويغلب الذكور على الاناث فانه يقال بنو آدم و بنو هاشم و بنو تميم فانه يتناول الذكور والاناث ولهذا لو أوصى لاخوة فلان دخل الاخوة والاخوات تحت الوصية لما ذكرنا من الآية لهما أن حقيقة هذا اللفظ يطلق على الذكور خاصة وانما يطلق على الذكور والاناث حالة الاختلاط مجازا والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن مع ان في استعمال هذا المجاز اشترا كا لان فلانا اذا كان أبا أو جدا فكما يذكر اسم الاب ويراد به الذكور والاناث يذكر ويراد به الذكور خاصة دون الاناث لانه قد تخلو أولاده عن الاناث واطلاق هذا الاسم على الذكور خاصة حقيقة مستعملة وعلى الاناث خاصة مجاز غير مستعمل لحالة الاختلاط وقع الشك في دخول الاناث تحت الوصية فلا يدخل بالشك بخلاف مالو أوصى لبني تميم لان المقصود ليس هو الاعيان والاشخاص وانما المقصود مجرد الاسباب والوصية للاخوة على هذا الخلاف تكون وصية للاخوة دون الاخوات عندهما لان اسم الاخوة لا يتناول الاخوات بحقيقته بل بمجازه ولهذا قال الله تعالى فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين فقد فسر الاخوة بالرجال والنساء ولو تناول اسم الاخوة الاخوات لم يحتج الى هذا التفصيل ولو وجد في الوصية مثل هذا التفسير بان قال باخوة فلان رجالا ونساء دخلت الاخوات فيها وليس لولد الولد شيء وان كانوا مع ولد الصلب وان لم يكن لفلان ولد صلب فالوصية لابن ابنه دون بنات ابنه لان ولد الابن يسمى ولدا الا انه ناقص في الاضافة والانتساب اليه لانه يضاف اليه بواسطة والناقص لا يدخل تحت مطلق اسم المضاف كاولاد البنات فعند الاطلاق يحمل على ولد الصلب لانه أحق بهذا الاسم فان تعذر حمله على الحقيقة حمل على المجاز تحريا للجواز ولان ابن الابن قائم مقام ابن الصلب حال عدم الصلب في الميراث حجبا واستحقاقا وسقط اعتبار نقصان الاضافة اليه شرعا فكذلك الوصية لانها أخت الميراث ولو أوصى لبني فلان بالثلث ولم يكن لفلان بنون يوم الوصية فهو لبنيه الذين حدثوا قبل موت الموصى لان الوصية تمليك من الموصى للموصى له بعد الموت فيعتبر وجود الموصى له وقت موت الموصى ولهذا صحت الوصية بثلث ماله وان لم يكن له مال عند الوصية وان كان لفلان بنون أربعة وولد له آخران ثم مات الموصى فالثلث للباقين والمولودين سواء لانه متى أضاف الوصية الى بني فلان

مطلقا

مطلقاولم يسمهم تقع الوصية لبنيه الموجودين وقت الموت لا لبنيه الموجودين وقت الوصية لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر الملك وقت الموت حتى لو قال أوصيت بالثلث لبنى فلان هؤلاء وسماهم تقع لبنيه الموجودين وقت الوصية حتى تبطل بموتهم ولا يكون لبنيه الموجودين عند الموت ولو قال لولد فلان دخل الذكور والاناث لان الولد يتناول الكل حقيقة وكذلك الجنين لانه ولده وانما تصح الوصية للجنين بشرط أن ينفصل حيا وتعليق الوصية بالشرط والاحصار جائزة فأن الوصية بالمعدوم للمعدوم جائز وان كان له بنات و بنو ابن فالوصية للبنات لان اسم الولد يتناوله البنات الصلبية حقيقة وولد الابن مجازا لان الاسم مشتق من التوليد والتفرع والبنت الصلبية متولدة عنه حقيقة وولد الابن متولد بواسطة فان لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن الذكور والاناث سواء كان ولد الابن مضافا أو منسوبا اليه بواسطة الاب وفى الاضافة اليه نوع قصور فعند الاطلاق ينصرف الاسم الى الولد الصلبى لانه أحق وعند عدمه يحمل على ولد الابن مجازا ولا شئ لولد البنت لان ولد البنت غير منسوب اليه ومضاف اليه لانه من جهة الآباء دون الامهات على ما مر بشرحه فى كتاب الوقف ولو لم يكن له الا ولد واحد فكل الثلث له لان اسم الولد يتناول الواحد فصاعدا ولو أوصى بالثلث لا كابر ولد فلان وله أولاد بعضهم أبناء سبعين و بعضهم أبناء ستين و بعضهم أبناء أربعين فالوصية لابناء مازاد على الخمسين أو فى النصف الاول شئ فكذلك السيد اذا قال أكابر رقيقى أحرار ولو قال ثلث مالى بين بنى فلان و بنى فلان ولاحدهما ثلاث بنين وللآخر واحد كان الثلث بينهم على عدد رؤسهم وان لم يكن للآخر ابن رد نصف الثلث الى الورثة ولو قال بين أعمامى وأخوالى وله عم وخال فالثلث بينهم لان أقل الجمع فى باب الوصية والميراث اثنان لما بينا وان كان له عم واحد أو عمان وليس له خال رد نصف الثلث للورثة ولو قال لاخواتى وله أخ واحد وهو يعلم أو لا يعلم فله نصف الثلث ولو قال ثلث مالى لفلان ولبنيه وللمساكين فاذا لفلان ابن واحد فالثلث بينهما ارباعا لفلان سهم ولابنه سهم وللمساكين سهم ويرجع سهم الى الورثة لانه قال لبنى فلان والابن الواحد لا يكون بنين ويكون الابنان بنى فلان لان اسم الجمع يطلق على الابنين ولو أوصى بثلثه لآل فلان أو لأهل بيت فلان وليس له بيت ولا قرابة فانه يعطى الرجل الذى سماه وعياله الذى يعوله من ولده وتدخل امرأته فيهم الفتاوى رجل أوصى بثلث ماله لبنى فلان وهم ثلاثة قبل موت الموصى فان كان أبوهم حيا فالثلث بينهما نصفان وان كان ميتا بطل ثلث الوصية فالثلثان بينهما نصفان قال الفقيه أبو الليث و به نأخذ لان أباهم لو مات لا يبقى له ولد سواهما فانصرفت الوصية الى عددهما فصار كأنه قال ثلث مالى لفلان وفلان فلما مات أحدهم بطلت وصيته واذا أوصى بثلثه لقرابة بنى فلان وهم لا يحصون دخل مواليهم وموالى مواليهم وموالى الموالاة وحلفاؤهم يقسمه بين من يقدر عليه منهم بالسوية لان كل فريق من هؤلاء ينسبون الى فلان بالبنوة قال عليه الصلاة والسلام ان مولى القوم منهم وحليف القوم منهم والحليف من والى قوما ويحلفون له على الموالاة والقريب من يصير بغير حلف وان أعطى الكل أو واحدا منهم جاز عند أبى يوسف وقال محمد يعطيه اثنين فصاعدا لما يأتى فى باب الوصية للفقراء وان كان فلان أبا خاصا وليس بأبى قبيلة ولا جد فالثلث لبنيه لصلبه ولم تدخل الموالى والحليف فى الوصية لان مواليهم أبعد الى فلان من بنى بنيه وبنو بنيه لا يدخلون تحت الوصية فالموالى أولى لانهم لا ينسبون اليه اذا لم تكن القبيلة مضافة اليه ولو أوصى ليتامى أو أرامل بنى فلان فالوصية جائزة يحصون أو لا قال فى الاصل واليتيم كل من مات أبوه ولم يبلغ الحلم غنيا كان أو فقيرا وقول محمد حجة فى اللغة لانه من أرباب اللغة وهكذا قال الخليل ولهذا قال عليه الصلاة والسلام لا يتم بعد الحلم ثم اليتيم فى اللغة مأخوذ من اليتم وهو الانفراد والمباينة عن الشئ كما يقال هذه الدرة يتيمة لانفرادها عن اشكالها ونظائرها وتسمى المرأة يتيمة مجازا لانفرادها عن قوة القلب الا انه فى عرف الشرع اسم لمن انفرد عن أبيه فى حال صغره والارملة كل امرأة فقيرة فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر والارملة المرأة التى لا زوج لها مأخوذ من قولهم أرمل القوم اذا فنى زادهم والذكر يسمى أرملا مجازا ثم اليتامى ان كانوا يحصون فالثلث بينهم بالسوية يدخل الغنى والفقير فيه وان كانوا لا يحصون فهو للفقراء خاصة من يقدر عليهم منهم لان اليتامى يذكرون ويراد بهم الفقراء المحتاجون قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ الآية ذكر اليتامى وأراد بهم المحتاجين و بهذا تبين ان اسم اليتيم لغة مما ينبئ عن الحاجة فيكون هذا وصية بالصدقة والوصية بالصدقة وصية لله تعالى فتكون جائزة لان الله تعالى معلوم فانكر تخصيص المحتاجين الى من يقوم مقامهم باضافة الوصية اليهم تصحيحا للعقد ولو أعطاه واحدا فعلى الخلاف الذى مر فان أوصى بثلثه لايامى بنى فلان أو ثيب

بنى فلان أو أبكار بنى فلان ولم يحصوا فالوصية باطلة لجهالة الموصى له وليس فى اسم الايم ماينبى عن الحاجة حتى يحمل على الوصية بالصدقة بخلاف الارامل واليتامى على مامر فان كن يحصين فهو بينهم بالسوية والايم كل امرأة لازوج لها جومعت حراما أو حلالا بلغت أولم تبلغ غنية أوفقيرة وقال الكرخى وأبو القاسم الصفار الجماع والانوثة ليست بشرط لثبوت هذا الاسم حتى قالا ان الرجل والبكر اذا داخلان تحت الوصية بدليل قول الشاعر

ان القبور تنكح الايامى * النسوة الارامل اليتامى

والقبوركما تضم الثيب تضم البكر والصحيح قول محمد لانه حجة فى اللغة هكذا قاله الخليل بن أحمد فى العين ولهذا قال عليه الصلاة والسلام الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر فى نفسها عطف البكر على الايم والمعطوف غير المعطوف عليه قال رحمه الله ﴿ولو رثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين﴾ يعنى لورثة فلان يدفع للذكر قدر حظ الانثيين لانه اسم مشتق من الوراثة وترتب الاسم على المشتق يدل على العلية ألاترى ان الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليهما حتى وجبت النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية ان يموت فلان الموصى لورثته قبل موت الموصى حتى يعرف ورثته منهم حتى لومات الموصى قبل موت الموصى لورثته بطلت الوصية بخلاف مااذا أوصى لولده ولوكان مع ورثته موصى له آخر قسم بينهم وبينه على الرؤس ثم ماأصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين

﴿باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة﴾

لمافرغ من بيان الوصية المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان الوصية المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لان المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا قال رحمه الله ﴿وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبدا﴾ لان المنافع يصح تمليكها فى حال الحياة ببدل أو بغير بدل وكذا بعد الممات للحاجة كما فى حكم الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت فى حق المنفعة حتى يستوفيه الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه المنافع على حكم ملك الواقف قال فى الاختيار شرح المختار وليس للموصى له ان يؤجرها لانه ملك المنافع بغير بدل والذى يملك ان يؤجر هو الذى يملك المنافع بعوض قال فى الهداية وليس له ان يخرج العبد من بلد الموصى الا اذا كان الموصى له وأهله فى بلد أخرى فيخرجه الى بلده لخدمته لان المقصود من الوصية الخدمة ومتى أمكن توصله الى الخدمة من بلد الموصى فلا يخرجه منها وأفاد بقوله مدة وأبدا انها تجوز مؤبدة ومؤقتة كما فى العارية وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك فى عين تبقى والمنفعة عوض يعنى وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها الحاجة وهى تشمل الكل اذ الموصى يحتاج الى التقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له محتاج الى قضاء حاجته بأى شئ كان قال رحمه الله ﴿فان خرج العبد من ثلثه سلم اليه ليخدمه﴾ لان حق الموصى له فى الثلث لايزاحمه الورثة فيه قال فى الاصل يجب ان يعلم بان الوصية بخدمة الرقيق وسكنى الدار وغلة الرقيق والدور والارضين والبساتين جائزة فى قول علمائنا رحمهم الله تعالى واذا جازت الوصية بخدمة الرقيق وسكنى الدور وغلة الرقيق فنقول اذا أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولا مال له غيره فهذا على وجهين اما ان تكون السنة معينة بان قال أوصيت بخدمة هذا العبد مثلا سنة سبعين وأربعمائة أوكانت غير معينة بان لم يقل سنة كذا وكل وجه من ذلك على وجهين اما أن يكون العبد يخرج من ثلث ماله أولا يخرج من ثلث ماله فان أوصى له بخدمة عبده فى سنة بعينها ومضت تلك السنة بعينها قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى قبل دخول تلك السنة التى عينها ثم دخلت تلك السنة التى عينها ينظر الى العبد ان كان العبد يخرج من ثلث ماله أولا يخرج من ثلث ماله ولكن أجازت الورثة الوصية فانه يسلم العبد الموصى به اليه حتى يستوفى وصيته وان كان لايخرج العبد من الثلث ولم تجز الورثة الوصية فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضى السنة التى عينها فاذا مضت تلك السنة التى عينها سلم العبد للورثة هذا اذا كانت السنة بعينها وان كانت السنة بغير عينها ان كان العبد يخرج من ثلث ماله أولا يخرج وقد أجازوا فيسلم العبد الى الموصى له حتى يستخدمه سنة كاملة ثم يرده على الورثة فان كان العبد لايخرج من ثلث ماله ولم تجز الورثة فانه يخدم الموصى له بالخدمة وكان يجب أن يعين السنة التى وجد فيها الموت وكل جواب عرفته فيما اذا أوصى له بخدمة عبده سنة فهو الجواب فيما اذا أوصى له بغلة داره سنة أوسكنى داره سنة عين السنة أولم يعين السنة الى آخر ماذكرنا فى الخدمة وفى المنتقى برواية المعلى عن أبى يوسف اذا أوصى لرجل بسكنى داره ولم يوقت كان ذلك ماعاش وعن محمد عن أبى حنيفة اذا أوصى

بغلة عبده هذا لفلان ولم يسم وقتا وهو يخرج من ثلث ماله فله غلته حال حياته وان كانت الغلة أكثر من الثلث وكذلك الوصية بغلة البستان أو بسكنى الدار أو خدمة العبد وهو قول أبي يوسف ومحمد وفي نوادر بشر عن أبي يوسف اذا أوصى بخدمة عبده أو سكنى داره لعبد رجل جاز للعبد الموصى له ولا يجوز لمولاه ويسكن العبد الدار ولا يسكن مولاه فان مات العبد الموصى به بطلت الوصية وان بيع أو أعتق فبقية الوصية وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رجل أوصى أن يخدم عبده فلانا حتى يستغني فان كان فلان صغيرا خدمه حتى يدرك وان كان كبيرا فالوصية باطلة قال واذا أوصى لهما بالسكنى فالسكنى بينهما بخلاف العبد فانه يقسم الخدمة بينهما ولم يقسم العين وفي الكافي ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضا الا أن الاول أولى ولو أوصى له بغلة عبده أو بثمرة بستانه فانه يجوز ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة والثمرة بخلاف الخدمة وليس للورثة بيع ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف ان لهم ذلك ولو خرب ما في يده من الدار كان له أن يزاحم الورثة فيما في أيديهم ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه وسكنها بنفسه قيل يجوز ذلك قال والاصح أنه لا يجوز وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد أو الدار وفي الظهيرية وعليه الفتوى وقال الشافعي له ذلك واذا أوصى رجل بثمرة بستانه فهو على وجهين أما ان قال أبدا أو لم يقل فان كان في بستانه ثمر وهو يخرج من ثلث ماله كان له ذلك ولم يكن له ما يحدث من الثمار بعد ذلك الى أن يموت هذا اذا كان في البستان ثمار قائمة يوم الموت فاما اذا لم يكن في البستان ثمار قائمة بعد الموت فالقياس أن تبطل الوصية ولا تصرف الوصية الى ما يحدث من الثمار بعد الموت ولكن في الاستحسان لا تبطل الوصية ويكون للموصى له ما يحدث من الثمار بعد موت الموصى اذا كان البستان يخرج من ثلث ماله وهذا الذي ذكرنا كله اذا لم ينص على الابد فاما اذا قال أوصيت لك بثمرة بستاني أبدا فحدث في البستان شجر من أصول النخيل وأثمر دخل غلة ذلك في الوصية وان قاسم الوصي الموصى له بثلث غلة البستان مع الورثة فاغل الذي لهم ولم يغل الذي له فانه يشاركه ويشاركونهم في الغلة قال وللورثة أن يبيعوا ثلثي البستان فيكون المشتري شريكا للموصى له بالغلة بخلاف ما لو باعوا الكل فانه لا يجوز البيع في حصة الثلث وفي المنتقى اذا أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له غيرها قال أبو حنيفة ليس للورثة أن يبيعوا الثلثين وقال أبو يوسف لهم أن يبيعوا الثلثين ولهم أن يقاسموا فيكون اصحاب الوصية الثلث قال أبو حنيفة لو كانت هذه الوصية بغلة الدار كان للموصى له ثلث الغلة ولم يكن لهم أن يقسموا الدار فاذا خاف اذا قسمت أن لا تغل فليس له شيء وقال أبو يوسف يقاسمون فيكون له الثلث فاذا أغل فهو له وان لم يغل فليس له شيء وللورثة أن يبيعوا ثلثيهم قبل القسمة وبعدها واذا أوصى الرجل لرجل بغلة أرضه وليس عليها نخل ولا شجر وليس له مال غيرها فانها تؤجر فيعطى صاحب الغلة ثلث الاجر وان كان فيها شجر أعطى ثلث ما يخرج من النخيل ولا يدفع له مزارعة بالنصف أو الثلث وان كانت الزراعة اجارة الارض اذا كان البذر من قبل العامل لانها ليست باجارة من كل وجه بل اجارة وشركة حتى اذا لم تخرج الارض شيأ لا يكون لصاحب الارض شيء وقد ذكرنا ان الوصية باسم الغلة تنصرف الى الاجارة من كل وجه ولم تنصرف الى المزارعة واذا أوصى أن تؤاجر أرضه منذ سنين مسماة كل سنة بكذا وهي جميع ماله فانه ينظر الى أجرتها فان كان سمى أجر مثلها وجب تنفيذ هذه الوصية وان كان المسمى أقل من أجر مثلها فان كانت المحاباة بحيث تخرج من ثلث مال الميت فانه تنفذ هذه الوصية وان كانت المحاباة بحيث لا تخرج من ثلث مال الميت يقال للموصى له بالاجارة ان أردت أن نؤجر منك هذه الارض فبلغ الاجر الى تمام الثلثين فان بلغ تؤجر الارض منه وان لم يبلغ لا تؤجر الارض منه وكان الجواب في الاجارة كالجواب فيما اذا أوصى أن تباع أرضه من فلان بكذا وذلك جميع ماله هنالك ان كان المسمى مثل قيمة الارض أو أكثر أو أقل من قيمة الارض بغبن يسير تباع منه وان كان بغبن فاحش فان كان المحاباة بحيث لا تخرج من ثلث ماله يقال للموصى له بالبيع ان أردت أن تباع منك هذه الارض فبلغ الثمن الى تمام ثلثي القيمة فان بلغ تباع الارض منه وان لم تبلغ فانها لا تباع الارض منه فكذا في الاجارة ومن مشايخنا من قال لا يجوز أن يكون الجواب في الاجارة كالجواب في البيع ومنهم من قال ما ذكره محمد من الجواب صحيح في الاجارة واذا أوصى وليس له بستان ثم اشترى بستانا ثم مات فالوصية جائزة من الثلث واذا أوصى لانسان بشاة من غنمه ولم يقل يوم الموت ان كان في ملكه يوم الوصية صحت الوصية وتعلق بها حتى اذا هلكت بعد ذلك بطلت الوصية وان لم يكن في ملكه غنم يوم الوصية كانت الوصية باطلة ولو قال أوصيت لك بشاة من غنمي يوم الموت فالوصية جائزة وان لم يكن في ملكه غنم يوم الوصية واذا أوصى رجل لرجل بغلة بستانه فاغل البستان سنة أو سنتين أو أكثر من ذلك قبل موت الموصى ثم مات الموصى

فليس للموصى له من ثلث الغلة شئ انما يكون له من الغلة ما يكون فى البستان يوم مات الموصى وما يحدث بعد موته فى المستقبل الى أن يموت الموصى له فاما ما يوجد من غلة البستان قبل موت الموصى بعد الوصية فانه لا يكون للموصى له من ذلك شئ واذا أوصى رجل لرجل بغلة بستانه ثم ان الموصى له بالغلة اشترى البستان من ورثة الميت فذلك جائز وتبطل وصيته وكذلك لو لم تبعه الورثة ولكنهم تراضوا على شئ دفعوه اليه على أن يسلم الغلة و يبرأ منها فان ذلك جائز وكذلك الصلح عن سكنى الدار وخدمة العبد جائز وان كان بيع هذه الحقوق لا يجوز وذكر مسئلة الصلح عن مسئلة النخيل وفى نوادر بشر عن أبى يوسف وذكر فيها القياس والاستحسان وصورة ماذكر عنه اذا أوصى بغلة نخلة ثلاث سنين وصالح عنها وقبض الدراهم منهم فالصلح باطل قياسا لان هذا صالح عن مجهول لا يدرى أيكون أو لا يكون لكن استحسن وأجيز هذا الصلح واذا أوصى رجل بغلة داره أو بغلة عبده للمساكين جاز ذلك من ثلث ماله واذا ثبت أن الوصية بالغلة لله تعالى جائزة كالمنفعة واذا أوصى بظهر دابته فى سبيل الله لانسان بعينه جازت هذه الوصية عندهم جميعا فاما اذا أوصى بظهر دابته فى سبيل الله ولم يعين أحدا فان المسئلة على الخلاف فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجوز وهو القياس فى سبيل الله وعلى قول محمد يجوز سئل أبو بكر عمن أوصى بغلة كرمه لانسان قال يدخل فيه القوائم والاوراق والحطب والثمر ألا ترى انه لو دفع الكرم معاملة فكل هذه الاشياء تكون بينهما كذا هذا وفى فتاوى أبى الليث اذا أوصى بثمر كرمه ثلاث سنين للمساكين فمات ولم يحمل كرمه ثلاث سنين شيأ قال نصير بطلت الوصية وفى النوازل وليس على الورثة شئ بعد ذلك وقال محمد بن مسلمة يوقف ذلك الكرم وان خرج من الثلث يتصدق بغلته ثلاث سنين قال الفقيه قول محمد بن مسلمة موافق لقول أصحابنا فانهم قالوا فيمن أوصى بخدمة عبده سنة لفلان وفلان غائب فتى رجع فان العبد يخدمه سنة فلو قال يخدمه هذه السنة فقدم فلان قبل مضى السنة بطلت الوصية كذلك الغلة وفى العيون اذا أوصى لرجل أن يزرع له فى كل سنة فى أرضه فالبذر والخراج والسقى على الموصى له فان أوصى له أن يزرع كل سنة عشرة أجربة فالبذر والسقى والخراج من مال الميت ولو أوصى لرجل بثمر نخل قد بلغ أو زرع استحصد أو لم يحصد فالخراج على الموصى له فالاصل فيه ان كل شئ لو أصابته آفة لم يلزم صاحب الارض الخراج فاذا أوصى به لغيره فعلى الموصى له الخراج وكذلك لو أوصى بثمرة نخله أو زرع قد أدرك فخراجه على الموصى له ولو قطع الثمرة وحصد الزرع ثم أوصى به لرجل فالخراج على الموصى ومما يتصل بهذا الفصل ما قال محمد فى الجامع رجل مات وترك عبدا لا مال له غيره وأوصى بخدمة عبده سنة لرجل وأوصى بخدمته سنتين لرجل آخر ثم مات ولا مال له غيره فللورثة أن يجيز واذا لم يجيزوا فخدمة العبد تقسم على تسعة أيام للورثة ستة أيام ولهما ثلاثة أيام فاذا مضى ثلاث سنين سلم لورثة الميت رقبته ومنفعته لانه مال الميت وقد خلا عن الدين والوصية فيكون للورثة ولو كان العبد يخرج من ثلث المال أو لم يخرج بل أجازت الورثة ذلك قسمت خدمة العبد أثلاثا يوما للموصى له بالسنة و يومين للموصى له بالسنتين فيحصل استيفاء الوصيتين فى ثلاث سنين ولا حق للورثة فى خدمة العبد ولو كان أوصى لرجل بخدمة العبد سنة سبعين ومائة ولآخر سنة احدى وسبعين ومائة والخدمة والعبد لا تخرج من الثلث ولم تجز الورثة قسمت الخدمة فى سنة احدى وسبعين ومائة على ستة أيام للورثة أربعة أيام ولكل واحد من الموصى لهما يوم واذا مضت هذه الوصية تبطل وصية الموصى له بسنة سبعين وفى سنة احدى وسبعين تقسم خدمة العبد أثلاثا على ثلاثة يوم للموصى له بسنة احدى وسبعين و يومان للورثة فاذا مضت هذه السنة بطلت الوصية ولو كان العبد يخرج من الثلث أو لا يخرج لكن أجازت الورثة كانت خدمة العبد كلها فى سنة سبعين له وفى الجامع أيضا رجل أوصى لرجل بسكنى داره سنة وأوصى لآخر بسكناها سنتين ثم مات ولا مال له غير الدار وأبى الورثة أن يجيزوا ذكر أن الدار تقسم بينهم ثلثا الدار تسكنها الورثة وثلث الدار يقسم بين الموصى لهما نصفين يسكن لكل واحد منهما سدس الدار حتى تمضى سنة فاذا مضى سنة فالموصى له بسكنى الدار سنة يدفع السدس الى الموصى لهما بسكنى الدار سنتين فيسكن ثلث الدار سنة أخرى ثم تعود الدار الى الورثة وفى الظهيرية ولو كانت الدار لا تتحمل القسمة كان الحكم فيها كالحكم فى العبد وهذا اذا لم تخرج الدار والعبد والثمرة من الثلث فاما اذا خرج من الثلث أو أجازت الورثة قسمت الدار والغلة والسكنى كلها فى السنة الاولى بين الموصى لهما نصفين وفى السنة الثانية كلها لصاحب السنتين قال رحمه الله ﴿فان خرج العبد من ثلثه سلم اليه ليخدمه﴾ لان حق الموصى له فى الثلث لا يزاحمه الورثة فيه وقد قدمنا ما فيه قال رحمه الله ﴿والا﴾ أى وان لم يخرج من الثلث ﴿خدم الورثة يومين والموصى له يوما﴾ لان حقه فى الثلث وحقهما فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد لانه لا يتجزأ فصرنا

الى

الى المهايأة فيخدمهم أثلاثا وقد قدمنا تفاصيل المسئلة قال رحمه الله ﴿وبموته يعود الى ورثة الموصى﴾ أى بموت الموصى له يعود العبد أو الدار الى ورثة الموصى لانه أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها أبدا من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز قال رحمه الله ﴿ولو مات فى حياة الموصى بطلت﴾ أى لو مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفى الحال ملك الموصى ثابت فيه ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته فبطلت وقد قدمناه قال رحمه الله ﴿وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة وان زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه﴾ أى اذا أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى أبدا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة عليه وما يستقبل فحاصله انه اذا أوصى بالغلة استحق القائم والحادث وان أوصى بالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد أبدا فحينئذ تصير كالغلة فيستحقه وهو المراد بقوله وان زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل فيحتاج الى الفرق بينهما والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد فتتناول المعدوم والموجود بذكره عرفا وأما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود ولا يراد المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما قيده بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن فى البستان ثمرة والمسئلة بحالها فهى كمسئلة الغلة فى تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له وانما كان كذلك لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا تتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان فى البستان ثمرة عند موت الموصى صار مستعملا فى الحقيقة فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما الا انه اذا ذكر لفظ الابد فيتناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز وقد قدمنا تفاصيله قال رحمه الله ﴿وبصوف غنمه وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال ابدا أولا﴾ أى اذا أوصى بهذه الاشياء كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما سيحدث بعد موته سواء قال أبدا أو لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية فى الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى لانها أوسع بابا من غيرها وكذا الصوف على الظهر واللبن فى الضرع والولد الموجود فى البطن يستحق بجميع العقود تبعا ويجعل مقصودا فكذا بالوصية ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم وذكر الابد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن فى البستان شئ من الثمرة عند موته ومنها على الموجود دون المعدوم ذكر الابد او لم يذكر كالوصية باللبن فى الضرع والصوف على الظهر ومنها ما يقع على الموجود والمعدوم ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة ولم يتعرض المؤلف للوصية بالكفن والدفن وبقراءة القرآن على القبور ونحوه فنذكر ذلك تتميما للفائدة قال فى واقعات الناطفى اذا أوصى بان يكفن بالف دينار أو بعشرة آلاف درهم فله أن يكفن بالوسط الذى ليس فيه اسراف ولا تقتير ولا تضييق وقال فى موضع آخر يكفن بكفن المثل وهو أن ينظر الى ثيابه حال حياته للخروج للجمعة والعيدين والوليمة وقيل للفقيه أبى بكر البلخى لم اعتبرت ثياب الجمعة والوليمة ولم تعتبر ثياب البذلة كما قال الصديق الحى أحوج الى الجديد من الميت قال ذلك فى زمان لم يكن معه غيره وفى النوازل سئل أبو القاسم عن امرأة صاحبة فراش أوصت ابنتها أن تكفنها بستين درهما بما يساوى ثلثمائة درهم قال ان لم تفعل ذلك باذن جميع الورثة وهم كبار ضمنتها جملة الثياب ان كانت الكل وضيعة ولا يحتسب منها شئ وان كان البعض رفيعة دون البعض مما كان فيه يكفن مثلها لم تضمن وما زاد على ذلك ضمنته وفى فتاوى الخلاصة والمختار انها متبرعة فى الكل ان فعلت من مالها أو من التركة تضمن وسئل أيضا عمن أوصى بان يكفن له بثمن كذا وفعل الموصى له ذلك فلا ضمان عليه ولو وجد ميراثا وذلك الشئ للورثة وسئل أبو بكر عن امرأة أوصت الى زوجها أن يكفنها من مهرها الذى لها عليه قال أمرها ونهيها فى باب الكفن باطل وفى فتاوى الخلاصة قال وصيتها فى تكفينها باطلة ولو لم تترك مالا يكون كفنها فى بيت المال دون الزوج بلا خلاف بين علمائنا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله هذا الجواب ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى خلف عن أبى يوسف أن الكفن على الزوج كالكسوة وعن محمد انه لا يجب قال وبقول أبى يوسف نأخذ قال الفقيه أبو بكر فيمن أوصى بان يكفن فى ثوب ان هذه الوصية باطلة وفى الظهيرية ولو أوصى ان يكفن فى ثوب كذا او يدفن فى موضع كذا فالوصية فى تعيين الكفن وموضع القبر باطلة وفى روضة الزندوستى اذا أوصى بان يكفن فى خمسة أثواب أو فى ستة أثواب جازت وصيته ويراعى شرائطه وفى الخلاصة ولو أوصى بان يدفن فى مقبرة كذا تعرف لفلان الزاهد تراعى شرائطه وان أوصى بان يدفن

مع فلان لا يصح وقال ابراهيم بن يوسف فيمن مات ولم يترك شيأ قال ان مات وترك ثوبا واحدا يكفن فيه والا يسأل قدر ثوب ويكفن فيه ولا يسأل الزيادة رجلا كان أو امرأة قال الفقيه هذا قول ابراهيم وقال ابن مسلمة وغيره يكفن فى ثلاثة أثواب وكلا القولين حسن أوصى بان يدفن فى داره فوصيته باطلة لانه ليس فى وصيته منفعة له ولا لاحد من المسلمين فلو دفن فيها فهو كدفنهم بغير وصية يرفع الامر الى القاضى فان رأى الامر برفعه فعل وان أوصى أن يدفن فى داره فهو باطل الا ان يوصى أن تجعل داره مقبرة للمسلمين وفى الخلاصة ولو أوصى بان يدفن فى بيته لا يصح ويدفن فى مقابر المسلمين ولو أوصى بان يصلى عليه فلان فقد ذكر فى العيون ان الوصية باطلة وفى الفتاوى العتابية وهو الاصح وفى نوادر ابن سماعة انها جائزة ويؤجران صلى عليه والفتوى على ماذكر فى العيون وعن أبى يوسف اذا أوصى بثلث ماله فى أكفان موتى المسلمين أو فى حفر مقابر المسلمين أو فى سقاية المسلمين قال هذا باطل ولو أوصى بثلثه فى أكفان فقراء المسلمين أو فى حفر مقابرهم فهذا جائز وفى فتاوى الخلاصة ولو أوصى بان تتخذ داره مقبرة فمات فوارثه مخير فى دفنه فيها ولو أوصى بان يتخذ داره خانا ينزل فيه الناس لا يصح وعليه الاعتماد بخلاف ما لو أوصى بان تتخذ سقاية رجل مات ولم يوص الى أحد فباعت امرأته دارا من تركته لكن بغير اذن سائر الورثة فالبيع فى نصيبها جائز وان لم يكن على الميت دين محيط بعد ذلك ينظر ان كفنته بكفن مثله ترجع فى مال الميت وان كفنته با كثر من كفن المثل لا ترجع الا بقدر كفن المثل رجل أوصى بان يكفن له من ثمن كذا فلم يفعل الوصى من ثمن كذا وكان وجد المشترى أو لم يجد لا يضمن الوصى ذلك الشئ ولو اشترى الوصى كفنا فدفن فيه الميت فظهر فيه عيب فهو والوصى يرجعان على البائع بالنقصان والاجنبى لا يرجع واذا أوصى أن يدفن فى مسح كان اشترى وتغل يده وتقيد رجله فهذه وصية بما ليس بمشروع فبطلت ويكفن كفن مثله ويدفن كما يدفن سائر الناس اذا دفن الميت فى قبر فيه ميت آخر قال اذا بلى الاول حتى لم يبق منه شئ من العظام وغيره يجوز وان بقى فيه العظام فانه يهال عليه التراب ولا تحرك العظام ويدفن الثانى بقرب الاول ان شاؤا ويجعل بينهما حاجز من الصعيد ولو أوصى بان يحمل بعد موته الى موضع كذا ويدفن هناك ويبنى هناك رباط من ثلث ماله فمات ولم يحمل الى هناك قال أبو بكر وصيته بالرباط جائزة ووصيته بالحمل باطلة ولو حمله الوصى يضمن ما أنفق فى حمله قال الفقيه هذا اذا حمل بغير اذن الورثة ولو حمل باذنهم وهم كبار فلا ضمان اذا أوصى بان يطين قبره ويوضع على قبره قبة فالوصية باطلة الا أن يكون فى موضع يحتاج الى التطيين فيجوز سئل أبو القاسم عمن دفع الى ابنته خمسين درهما فى مرضه وقال ان مت أنا فاعمرى قبرا بخمسة دراهم واشترى بالباقى حنطة وتصدقى بها قال الخمسة الوصية بها لا تجوز وينظر الى القبر الذى أمر بعمارته فان كان يحتاج الى العمارة للتخصيص لا للزينة عمر بقدر ذلك والباقى يصدق على الفقراء وان كان أمر بعمارته على الحاجة التى لا بد منها فوصيته جائزة واذا أوصى أن يدفع الى انسان كذا من ماله ليقرأ القرآن على قبره فهذه الوصية باطلة قال ان كان القارئ معينا ينبغى أن تجوز الوصية له على وجه الصلة دون الاجر قال أبو نصر وكان يقول لا معنى لهذه الوصية لان هذا بمنزلة الاجر والاجارة فى ذلك باطلة وهو بدعة ولم يفعلها أحد من الخلفاء وقد ذكر مسئلة قراءة القرآن على القبور فى الاستحسان سئل أبو النصر عن شئ يلقى فى القبر بجنب الميت مثل المضربة ونحوها قال لا بأس به وهو بمنزلة الزيادة فى الكفن وفى الخانية وبعضهم أنكر ذلك وقال اذا كان محشوا الا تبقى تحته والحشو ليس من جنس الكفن فقد ذكر محمد فى حق الشهيد ينزع عنه السلاح والفرو والحشو ولو كان من جنس الكفن لما أمر بنزعه وسئل أبو القاسم عمن أوصى أن تحفر عشرة أقبر قال ان عين مقبرة ليدفن فيها الموتى فالوصية جائزة لان ذلك عمارة المقبرة وانها قربة وان كان الحفر لدفن أبناء السبيل وللفقراء من غير أن يبين موضعا فالوصية باطلة وفى الواقعات عن محمد اذا أوصى بان يحفر مائة قبر استحسن ذلك فى محلته ويكون على الكبير والصغير وبعض مشايخنا اختاروا انه لو لم يعين المقبرة لا يجوز واذا أوصى ان تدفن كتبه لم يجز الا ان يكون فيها شئ لا يفهمه أحد ويكون فيه فساد فينبغى ان يدفن والكتب التى فيها الرسل وفيها اسم الله ويستغنى عنها صاحبها بحيث أن لا يقرأها واجب محو ما فيها من اسم الله ولم يحفرها ويلقيها فى الماء الجارى الكثير فلا بأس به وان لم يفعل ودفنها فى أرض طاهرة ولا ينالها قدر كان حسنا ولا يجوز ان يحرقها بالنار حتى يمحو ما كان من أسماء الله تعالى وأسماء رسله وملائكته وفى الخانية وعن بعض أهل الفضل رجل أوصى بان تباع كتبه ما كان خارجا من العلم وتوقف كتب العلم ففتش كتبه فكان فيها كتب الكلام فكتبوا الى أبى القاسم الصفار ان كتب الكلام تباع لانها خارجة عن العلم وفى الظهيرية فعلى هذا لو أوصى رجل لاهل العلم بشئ من ماله لا يدخل فيه

اهل

أهل الاصول وقد ذكرنا شيأ من هذه المسائل مع مسئلة دفع المصحف فى كتاب الاستحسان

﴿باب وصية الذمى﴾

لما فرغ من وصية المسلمين شرع فى وصية أهل الكتاب وترجم بالذمى لانه ملحق بالمسلمين فى المعاملات قال رحمه الله ﴿ذمى جعل داره بيعة أو كنيسة فى صحته فمات فهى ميراث﴾ لانه بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا وأما عندهما فلان هذا معصية فلا يصح وان كانت قربة فى معتقدهم بقى اشكال على قول أبى حنيفة وهو ان هذا عندهم كالمسجد عندنا والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فوجب ان يكون الذمى كذلك لانهم عنده يتركون وما يعتقدون وجوابه ان المسجد محرز عن حقوق العباد فصار خالصا لله ولا كذلك البيع فى حقهم فلانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها و يدفنون فيها أمواتهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها تاما وفى هذه الصورة يورث المسجد أيضا على ما يجىء بيانه قال رحمه الله ﴿وان أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث﴾ أى اذا أوصى ان يبنى داره بيعة أو كنيسة لمعينين فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فامكن تصحيحها على اعتبار المعنيين قال رحمه الله ﴿و بداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربى مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمى﴾ يعنى اذا أوصى بداره ان تبنى كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما تصح لحربى الخ أما الاول وهو ما اذا أوصى الى قوم مسمين فهو قول أبى حنيفة وعندهما الوصية باطلة لانها معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان تنفيذها تقرير للمعصية ولأبى حنيفة ان هذه قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم ألا ترى انه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبار الاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لأبى حنيفة بين بنائها و بين الوصية بها ان البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك البانى بان يصير محرزا خالصا لله تعالى كما فى مساجد المسلمين والكنيسة لا تحرز لله تعالى على ما بيناه فيورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك غير ان ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث قال مشايخنا هذا فيما أوصى ببنائها فى القرى وأما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة فى الامصار وعلى هذا الخلاف اذا أوصى بان يذبح خنازيره و يطعم المشركين من غير تعيين لما ذكرنا وان كان لقوم معينين جاز بالاتفاق فحاصله ان وصايا الذمى على ثلاثة أقسام وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا أوصى بان يسرج فى بيت المقدس أو بان يغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو غير معينين لانه وصية بما هو قربة عندنا و فى معتقدهم أيضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا أوصى بما هو ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما اذا أوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا وليس فى معتقدهم كما اذا أوصى بالحج و ببناء المساجد للمسلمين أو بان تسرج مساجدنا لانه معصية عندهم الا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ونحوه فعند أبى حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز فان كان لقوم معينين يجوز فى الكل على انه تمليك لهم وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم ان يصرفوه فى الجهة التى عينها هو بل يفعلون به ما شاؤا ولانه ملكهم والوصية انما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب البدعة اذا كان لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف فى تصرفاته قال صاحب الهداية فى المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية وقال السغناقى فى النهاية ذكر صاحب الكتاب فى الزيادات الخلاف على هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها و بين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها اهـ وقال صاحب العناية بعد ان نقل هذا من النهاية والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان اهـ أقول هذا ليس بشئ اذ لا شك ان مراد من قال فى الخلافيات هو الصحيح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما ان مراد من قال هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح أدل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب ان ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن ان يصدقا معا قال الراجى عفو ربه الاشبه ان تكون

كالذمية تجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها وكذا الوصية كانه أراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية وذكر السغناقي ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما وأما عند أبي حنيفة فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقتل عندنا وقال قاضيخان المرتدة الصحيح انها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا وأما الثاني وهو ما اذا أوصى الحربي لمسلم فلانه أهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو أوصى بأكثر من الثلث أو بماله كله جاز لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق شرعي لانهم أموات في حقنا ولأن حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وليس لورثته حق شرعي وقد أسقط حقه فيجوز وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث الا باجازة منهم لانه بالامان التزم أحكامنا فصار كالذمي ولو أوصى ببعض ماله نفذت الوصية في الثلث ورد الباقي لورثته وكذا لو أوصى لمستأمن مثله ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا وكذا اذا أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو كالذمي في المعاملات ولهذا تصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته فكذا عند مماته وعن أبي حنيفة وأبي يوسف وصية والذمي للحربي المستأمن لا تجوز لانه في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها والاول أظهر لان الوصية تمليك مبتدأ ولهذا يجوز للذمي لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث لان الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربي لا يجوز لان الارث ممتنع كتباين الدارين فكذا الوصية لانها أخته وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي ان تجوز كالمسلم ولو أوصى لمستأمن في دار الاسلام ينبغي ان يكون على الروايتين المذكورتين في المسلم والله أعلم

﴿باب الوصي وما يملكه﴾

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصي وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس قال رحمه الله ﴿ولو أوصى الى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد﴾ يعني قبل عند الموصي لأن الموصي ليس له ولاية الزامه التصرف ولا عذر من جهته لأنه يمكنه ان يوصي الى غيره قال في الذخيرة المراد بعنده يعني بعلمه ورده بغير علمه سواء كان عنده أو في مجلس غيره قال في المبسوط مسائله مشتملة على فصول فصل في حق الايصاء وكيفيته وفصل في قبوله ورده وفصل فيمن يجوز اليه الايصاء ومن لا يجوز وفصل في عزله الرجل اذا حضره الموت ينبغي ان يوصي ويكتب وصيته لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر يبيت الا ووصيته تحت رأسه ويكتب كتاب الوصية هذا ما أوصى فلان بن فلان فانه يشهد أن لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله وان الجنة حق والنار حق وان الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور وان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين أي في هذه الوصية لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من كان آخر كلمته شهادة أن لا اله الا الله واني رسول الله وجبت له الجنة ثم يكتب وأنا العبد المذنب الضعيف المفرط في طاعته المقصر في خدمته المفتقر الى رحمته الراجي لفضله والهارب من عدله ترك من المال الصامت كذا ومن الرقيق كذا ومن الدور كذا وعليه من الدين كذا ان كان عليه دين ويسمي الغريم واسم أبيه كيلا تجحد الورثة دينه فيبقى الميت تحت عهدته ويكتب ان مت من مرضي هذا فأوصيت بان يصرف مالي الى وجوه الخيرات وأبواب البر تداركا لما فرط في حياته وتزودا وذخرا لآخرته وانه أوصى الى فلان بن فلان ليقوم بقضاء ديونه وتنفيذ وصيته وتمهيد أسباب ورثته فعليه ان يتقي الله حق تقاته ولا يتقاعد في أموره في وصيته ولا يتقاصر عن ايفاء حقوقه واستيفائه فان تقاعد فان الله تعالى حسيب عليه ويشهد على ذلك وانما يصح الاشهاد اذا علم الشهود بما في الصك والشهادة على الوصية بدون العلم لا تجوز لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولو قال الشهود بعد ما قرؤا الصك نشهد عليك فحرك رأسه بنعم ولم ينطق لم تجز شهادتهم فان اعتقل واحتبس لسانه روي عن أبي يوسف أنه تجوز وتعتبر اشارته وهو قول الشافعي له ان الاشارة تقوم مقام العبارة حالة عجزه عن النطق والعبادة قياسا على الأخرس لان العجز عن النطق متى تحقق يستوي فيه العارض والاصلي فيما تتعلق صحته بالنطق كالعجز عن القراءة فانه تجوز صلاة الاخرس بغير قراءة وتجوز صلاة من اعتقل لسانه بغير قراءة فكذا هذا ولنا ان الاشارة تدل على النطق والعبادة انما تنتقل الى البدل حالة اليأس عن النطق وهنا لم يقع اليأس عن النطق لان اعتقال لسانه واحتباسه لا يدوم بل بعرض الزوال والانتقال

في

فى كل ساعة فلا تقوم الاشارة مقام العبارة وان الاشارة محتملة غير معلمة الان فى الاخرس تقدم منه اشارات مفهومة وآلة واضحة على مراداته الباطنة فزال الاحتمال عن اشارته فقامت مقام نطقه وعبارته وهنا لم يتقدم منه اشارات معلومة حتى يعلم باشاراته مراداته فبقيت اشارته محتملة غير مفهمة فلا تقوم مقام عبارته فاما اذا طالت الغفلة أو الحبسة فى لسانه ودام هل تعتبر اشارته اختلف المشايخ فيه قيل لا تعتبر اعتبارا للمعنى الاول وهو انه لم يقع اليأس عن النطق فلا تقوم اشارته مقام عبارته وقيل تعتبر وقد روى هذا أبو عمرو والصغانى عن أبى حنيفة اعتبارا للمعنى الثانى لانه لما طالت الغفلة صار له اشارة معهودة فتقوم مقام النطق كما فى الاخرس واضافة الوكالة الى ما بعد الموت وصية لان الايصاء توكيل بعد الموت والوصاية قبل الموت وكالة ولو أوصى الى رجل فى ماله كان وصيا فيه وفى ولده واذا أوصى اليه فى أنواع وسكت عن نوع فالوصى فى نوع يكون وصيا فى الانواع كلها عندنا خلافا للشافعى لانه لو لم تعم وصايته تقع الحاجة الى نصب وصى آخر فجعل من اختاره الميت وصيا ببعض أموره وصيا فى كلها أولى من جعل غيره وصيا لان الموصى لم يرض بتصرف غيره فى شئ من الامور ورضى بتصرف هذا فى بعض الامور لانه استصلحه واستصوبه فى الوصاية فيكون هذا وصيا على العموم أولى ولو قال فلان وصيى الى ان يقدم فلان فهو كما قال وذكر القدورى الاول وصى مع الثانى ولا يصح تخصيصه بزمان دون زمان وجه ظاهر الرواية ان الايصاء قابل للتوقيت لانه توكيل أو اثبات ولاية وكلا الامرين قابل للتوقيت فيتوقت وصاية الاول بقدوم فلان فاذا قدم فلان انعزل الاول كما لو وكل وكيلا الى ان يقدم فلان وصار الثانى وصيا لانه علق وصية الاول بالشرط وتعليق الايصاء بالشرط جائز لانها وكالة وتعليق الوكالة والنيابة بالشرط جائز كما لو قال ان سافرت فانت وكيلى فى أمرى صح كما لو قال أوصيت الى عمرو ما لم يقدم زيد وسكت فقدم زيد كان عمرو وصيا بعد قدوم زيد وكان أقام عمرا وصيا لانه مختار الميت ووصيه أولى من اقامة غيره بخلاف ما لو قال أوصيت الى عمرو ما لم يقدم زيد فاذا قدم زيد فقد أوصيت الى زيد كان كما قال لانه لم يبق عمرو وصيا معه بعد قدوم زيد فانه لا يحتاج الى اقامة من ليس بمختار الميت مقام عمرو ولا بد من قبول الموصى له لانه متبرع بالعمل له ويلحقه ضرر العهدة فلا بد من قبوله والتزامه واذا أوصى اليه فقبل قبل موته أو بعده ثم رد لم يخرج لان الموصى ما أوصى الا الى من يعتمد عليه من الاصدقاء والامناء فلو اعتبر القبول بعد الموت فربما لا يقبل فلا يحصل غرضه وهو الوصى الذى اختاره وقيل لو صح رده بعد الموت تضرر به وصار مغرورا من جهته لانه اعتمد على قبوله بان يقوم بجميع التصرفات بعد وفاته والوصى بقبول الوصاية التزم ذلك بمحضر منه فلو صح رده وقع الموصى فى ضرر ويصير مغرورا من جهة الوصى فصارت الوصاية لازمة عليه شرعا بالتزامه نظرا للموصى دفعا للضرر عنه بخلاف الوصية بالمال لانه ثمة لو لم يصح رده بعد موته لا يتضرر الميت لانه يعود الثلث الى الورثة بل الضرر على الموصى له ولو قبل فى حياة الموصى ثم رده فى حياته مواجهة يصح ولا يصح بدون محضر الموصى أو علمه لما فيه من الغرور كما فى الوكيل لان الموصى طلب منه الالتزام بعد الوفاة لا حالة الحياة ولا يمكنه فى الاخيرة ان يوصى الى غيره فتضرر به ولو لم يقبل فى حياته فهو بالخيار بعد موته ان شاء قبل وان شاء رد لان هناك الميت مغرور وهنا ليس كذلك لانه يمكنه ان يسأل ان يقبله أو لا يقبله فاذا لم يفعل واعتمد على انه يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره فقد قصر فى أمره فصار مغترا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة الوصى والقبول تارة يكون بالقبول وتارة بالفعل فالقبول بالفعل كتنفيذ وصيته أو شراء شئ للورثة أو قضاء دين كقبوله بالقول اذ الوصاية قد تمت وتقررت بموت الموصى شرعا فانها لا تقبل البطلان من جهة الموصى الا ان للموصى له ولاية الرد حتى لا يلزمه ضرر الوصاية بغير رضاه وليس من صيرورته وصيا بغير علمه ضرر على الوصى اذا كانت له ولاية الرد والابطال كمن أقر لغيره بمال يثبت حكمه حتى لو مات المقر قبل القبول توقف على قبول المقر له فاذا تصرف الوصى فى التركة تصرفا يدل على قبوله تلزمه الوصاية لانه لا يقدر على الرد الا برد التصرف ولا يمكنه رد التصرف فلا يبقى له ولاية الرد ولزمته الوصاية ضرورة وعن أبى يوسف فى المنتقى الدخول فى الوصية أول مرة غلط والثانى خيانة والثالث سرقة فاذا ظهرت من الوصى خيانة عزله القاضى ونصب آخر لان الامانة فى الايصاء أصل لان منفعة الايصاء وفائدتها تحصل بها ثم الاوصياء ثلاثة عدل كاف وغير عدل كاف وفاسق مخوف على ماله فالعدل الكافى لا يعزله القاضى وان عزله ينعزل وصار جائرا لان للقاضى سطوة يد وولاية شاملة على الكافة خصوصا على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضى كعزل الميت لو كان حيا قال صاحب الفصولين المختار عندى انه لا ينعزل ولو لم يعلم القاضى ان للميت وصيا والوصى غائب فأوصى الى رجل

فالوصى هو وصى الميت دون وصى القاضى لانه اتصل به اختيار الميت دون وصى القاضى كما اذا كان القاضى عالما والعدل الذى ليس بكاف أوضعيف لا يقدر على التصرف وحفظ التركة بنفسه يضم اليه غيره ولا يعزله لاعتماد الموصى عليه لامانته وصيانته حتى لا ينقطع عن الميت منفعة عدالته ويضم اليه آخر حتى يزول ضرر عدم كفايته وهدايته والفاسق المخوف على ماله يعزله القاضى ونصب آخر مكانه لان فى ابقائه على الوصية اضرارا بالميت والميت لا يقدر على عزله فقام القاضى مقامه فى العزل وفى الفتاوى ولو قال الوصى لى على الميت دين ولا بينة له قيل بان للقاضى ان يخرجه من الوصاية لانه يستحل الاخذ من مال الميت وقيل لا يخرجه الا اذا ادعى شيأ بعينه أخرجه من يده والمختار ان القاضى يقول للوصى له اما ان تقيم البينة عليه حتى تستوفى واما ان تبرئه من الدين واما ان أخرجك من الوصاية فان أبرأه والا أخرجه وذكر الخصاف فى آداب القاضى ان للقاضى أن يجعل للميت وصيا آخر فى مقدار ذلك الدين خاصة حتى يقيم الاول البينة على الوصى لان البينة لا تقبل الا على الخصم ولا يخرجه من الوصاية مريض قال لآخر اقض ديونى صار وصيا فى قول أبى حنيفة وقال محمد مالم يقل اقض ديونى وانفذ وصاياى لا يصير وصيا سئل نصير بن يحيى عن قوم ادعوا على الميت دينا ولا بينة لهم والوصى يعلم ذلك قال يبيع الوصى بعض التركة من الغريم ثم يجحد الغريم الثمن فيصير قصاصا عن ماله وان كانت التركة متاعا أودعهم ثم يجحدون وقال نصير بن أبى سليمان وصى شهد عنده عدل ان هذا على الميت ألف درهم قال يسعه ان يعطيه بقوله وان خاف الضمان وسعه ان لا يعطيه فان كان هذا شيأ بعينه كجارية ونحوها فعلم الوصى انها لهذا أو كان الميت غصبها قال هذا يدفعها الى المغصوب منه قال رحمه الله ﴿والا لا﴾ أى ان لم يرد عنده بل ردها فى غير وجهه لا ترتد لان الوصى مات معتمدا عليه ولم يصح رده فى غير وجهه لانه صار مغرورا من جهته فيرد رده عليه فيبقى وصيا على ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه فى غيبة الموكل ولو لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصى ليس له ولاية الزامه فيكون مخيرا قال فى الهداية بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه احترازا عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه فاعتبر علم الموكل كما فى الوصى لانه يؤدى الى غرور الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية فى كتاب الوكالة فى فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل على هذا عرفت ان ما قال بعضهم فى شرحه قول صاحب الهداية مخالف العامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان مراد ماذكر فى التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بغير عينه فتوافقت الروايات جمعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره فى شرحه قال رحمه الله ﴿وبيع التركة كقبوله﴾ شرع المؤلف يبين ان القبول تارة يكون باللفظ وتارة يكون بالفعل فالقبول بالفعل بان يبيع الوصى التركة قبل القبول باللفظ فهو قبول دلالة الالتزام وهو معتبر بالموت وينفذ البيع لصدوره من الموصى سواء علم بالايصاء أو لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلا من غير علم لان التوكيل انابة فى حال قيام ولاية الموكل ولا يصح من غير علم كاثبات الملك فى البيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم به ان يخبره واحد من أهل التمييز وقد تقدم بيانه اما الايصاء فخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة قال رحمه الله ﴿وان مات الموصى فقال لا أقبل ثم قبل صح ان لم يخرجه قاض منذ قال لا أقبل﴾ أى الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت وضرر الموصى له فى الابقاء مجبور بالثواب ودفع الضرر الاول أولى الا ان القاضى اذا أخرجه عن الوصية يصح ذلك لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قوله لا أقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله أولا لانه نصب ناظرا فاذا رأى غيره أصلح منه كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر بالوصية فيدفع القاضى الضرر وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيدفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعد ما أخرجه القاضى لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضى اياه قال فى العناية وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه فان قبول الاول فى الحال غير معتبر حتى لو قبل حال حياة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثانى فانه اذا قبله فى حال الحياة ثم رده بعد الموت لا يصح وفى أن قبوله حال حياته معتبر وقبول الاول فى حال الحياة غير معتبر وأجيب بان الايصاء يقع للميت فكان ردها بغير علمه اضرارا به فلا يجوز بخلاف الاول وقوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث

يصح

يصح رده فى غيبته و بغير علمه لانه لاضرر قال صاحب النهاية هذا الذى ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للمحبوبى وفى كل واحد منهما مايدل على أن الوكيل اذا عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة حال غيبة الموكل وقول المؤلف ان لم يخرجه قاض الى آخره اختلاف المشايخ فى هذا الاخراج قال فى العناية فمنهم من قال حكم فى فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام السرخسى واختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لانها لو صحت بقبوله كان للقاضى ان يخرجه و يصح الاخراج فهذا أولى واليه ذهب الحلوانى قال رحمه الله ﴿والى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم﴾ أى اذا أوصى الى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضى و يستبدل غيرهم مكانهم وأشار المصنف الى شروط الولاية فالاول الحرية والثانى الاسلام والثالث العدالة فلو ولى من ذكر صح ويستبدل غيره وذكر القدورى ان للقاضى ان يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الولاية صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد فى الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل فى العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفى غيره معناه ستبطل وقيل فى الكافر باطلة أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة و ولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ماعرف من أصلنا وولاية الكافر تتم فى الجلة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية دالة على ترك النظر فى حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضى عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط فى الاصل أن يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا فى اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا أوصى الى مكاتبه أو مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب فى منافعه كالحر وان رد بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب فى القن والصبى كالقن لو بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضى عن الوصية واذا تصرف الصبى أو العبد أو الذمى قبل ان يخرجهم القاضى من الوصاية هل ينفذ تصرفهم اختلف فيه المشايخ فمنهم من قال ينفذ ومنهم من قال لا ينفذ وهو الصحيح ولو أوصى الى عاقل فجن جنونا مطبقا قال أبو حنيفة ينبغى للقاضى ان يجعل مكانه وصيا للميت فان لم يفعل القاضى حتى أفاق الوصى كان وصيا على حاله وفى نوادر ابراهيم عن محمد اذا أوصى الى رجل فقال ان مت أنت فالوصى بعدك فلان فجن الاول جنونا مطبقا فالقاضى يجعل مكانه وصيا حتى يموت الذى جن فيكون الذى سماه الموصى وصيا فقد ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى نوادره فيمن أوصى الى ابن صغير له قال يجعل القاضى له وصيا يجوز أمره واذا بلغ ابنه جعله وصيا وأخرج الاول ان شاء ولا يخرج الا بالاخراج قال رحمه الله ﴿والى عبده وورثته صغار صح﴾ أى اذا أوصى الى عبد نفسه وورثته صغار جاز الايصاء اليه وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يجوز وهو القياس لان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه الولاية للمملوك على المالك وفى هذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ وفى اعتبار هذه الولاية تجزؤها لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع ولابى حنيفة انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه الولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا فليس لهم ولاية التصرف فلا منافاة فان قيل ان لم يكن لهم ذلك فللقاضى ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة أجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضى ولاية بخلاف ما اذا كان فى الورثة كبار أو أوصى الى عبد الغير لانه لا يستبد اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول لانه ليس له بيعه وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصايا قد تجزأ على مارواه الحسن عن أبى حنيفة كما اذا أوصى لرجلين أحدهما يكون فى الدين والآخر فى العين فيكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى اليه خاصة أو نقول يصار اليه كيلا يؤدى الى ابطال أصله وتعيين الوصف بابطال عموم الولاية أولى من ابطال أصل الايصاء وقول محمد فيه مضطرب ويروى مع أبى حنيفة ويروى مع أبى يوسف قال رحمه الله ﴿والا لا﴾ يعنى ان لم تكن الورثة صغارا بان كانوا كلهم أو بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء لان الكبير له ان يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشترى فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد قال رحمه الله ﴿ومن عجز عن القيام ضم اليه غيره﴾ لان فى الضم رعاية الحقين حق الوصى وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصى اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا على نفسه ولو ظهر للقاضى عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضى ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه أولى ألا ترى انه قدم على أب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة أو بعضهم الوصى اليه لا ينبغى له ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة

فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها ولو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضى منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كانه مات ولاوصى له قال رحمه الله ﴿ويبطل فعل أحد الوصيين﴾ أى اذا أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف فى مال الميت فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ومحل الخلاف اذا كان ذلك فى عقدين وأما اذا كان فى عقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع فكذا ذكره الكيسانى وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف وقال فى المبسوط وهو الاصح ولا يخفى ان المراد من البطلان التوقف على اجازة الآخر أورده بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع والفرق ان ضم الثانى فى الايصاء دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان ضم الايصاء الى الثانى يقصد به الاشتراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية للاول فيملك اشتراك الثانى معه وقد يوصى الانسان الى غيره على أنه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا أولا كذلك الوكالة فان رأى الموكل قائم ولو كان الوكيل عاجزا لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم ان مراده ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولان وجوب الوصية عند الموت فيثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة فاذا ثبت ان الخلاف فيهما معا فابو يوسف يقول ان الوصايا سبيلها الولاية وهى وصف شرعى لا يتجزأ فيثبت لكل واحد كاملا كولاية الانكاح للاخوين وهذه لان الوصايا خلافة وانما تتحقق الخلافة اذا انتقلت اليه كذلك ولأن اختيار الموصى أيهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة اليه ولهما ان الولاية تثبت عند الموت فيراعى وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد لان رأى الواحد لا يكون كرأى الاثنين ولم يرض الموصى الا بالاثنين فصار كل واحد فى هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين فى النكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالبته بانكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصى ولهذا بقى مخيرا فى التصرف ففى الوليين أوفى حقا على صاحبه وفى الوصيين استوفى حقا لصاحبه فلا يصح نظير الاول ايفاء دين عليهما ونظير الثانى استيفاء دين لهما حيث يجوز فى الاول دون الثانى بخلاف مواضع الاستثناء لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية على ما نبينه ومواضع الضرورة مستثناة دائما أبدا وهو ما استثناه فى الكتاب وأخواتها وفى التتارخانية رجل أوصى الى رجلين فمات أحدهما وأوصى الى صاحبه جاز ويكون لصاحبه أن يتصرف وروى انه لا يجوز والصحيح الاول وفى فتاوى أبى الليث اذا أوصى الى رجلين فقبل أحدهما وسكت الآخر فقال الذى قبل للساكت بعد موت الموصى اشتر هذا للميت فقال نعم كان قبولا للوصية واذا أوصى الى رجلين وقال لهما ضعا ثلث مالى حيث شئتما فمات أحدهما قبل أن يفعلا ذلك بطلت الوصية ويرجع الثلث لورثة الميت ولو قال جعلت ثلث مالى للمساكين والمسئلة بحالها قال يجعل القاضى وصيا آخر وان شاء يقول للثانى منهما اقسم أنت وحدك وعلى قول أبى يوسف الآخر له أن يتصدق وحده وفيه أيضا سئل أبو القاسم عمن أوصى الى رجلين بان يشتريا من ماله عبدا بكذا درهما ولاحد الوصيين عبد قيمته أكثر مما سماه الموصى هل للوصى الآخر أن يشترى العبد بما نص الموصى قال ان فوض الموصى الى كل واحد ان ينفرد فى ذلك فشراؤه من صاحبه جائز ولو باع ذلك صاحب العبد من أجنبى وسلمه اليه لم يشتريا جميعا للميت وفى الخانية فهذا أصوب وفيه أيضا سئل أبو بكر عمن أوصى الى رجل وقال اعمل فيه برأى فلان قال هو وصى تام وله ان يعمل بغير رأى فلان وفى قول آخر الثانى هو الوصى التام والاول هو وصى ناقص قال الفقيه أبو الليث وبعضهم قالوا كلاهما وصيان فى الوجهين جميعا وقال بعضهم الاول هو الوصى وبه قال نصير وقال أبو نصر ان قال اعمل فيه برأى فلان فهو الوصى خاصة وان قال لا تعمل الا برأى فلان فهما وصيان وهو أشبه بقول أصحابنا فانهم قالوا فيمن وكل آخر ببيع عبده وقال بالشهود فباعه الوكيل بغير شهود جاز وكذلك لو قال بعه بمحضر فلان فباعه بغير محضر فلان يجوز ولو قال لا تبع الا بالشهود أو قال لا تبع الا بمحضر من فلان فباع بغير شهود أو بغير محضر فلان لا يجوز وعلى هذا اذا قال الموصى بعلم فلان أو قال الا بعلم فلان واذا أوصى الرجل الى رجلين وقال لهما ضعا ثلث مالى حيث شئتما أو قال اعطياه من شئتما ثم اختلفا فى ذلك فقال أحدهما اعطيه فلانا وقال الآخر اعطيه فلانا آخر لم يكن لواحد منهما ذلك عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وفى الخانية رجل أوصى

بنصيب بعض ولده الى رجل و بنصيب البعض الى رجل آخر فهما يشتركان فى الكل ولو أوصى الى رجل بدين والى آخر بان يعتق عبده أو ينفذ وصيته فهما وصيان فى كل شئ فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد كل واحد منهما وصى على ماسمى له لا يدخل الآخر معه وكذا لو أوصى بميراثه فى بلد كذا الى رجل و بميراثه فى بلد كذا الى رجل و بميراثه فى بلد أخرى الى آخر وقال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل اذا جعل الرجل رجلا وصيا على ابنه وجعل رجلا آخر وصيا على ابنه أو جعل أحدهما وصيا فى ماله الحاضر وجعل الآخر وصيا فى ماله الغائب فان كان شرط أن لا يكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى الى الآخر يكون الامر على ماشرط عند الكل وان لم يكن شرط ذلك فحينئذ تكون المسئلة على الاختلاف والفتوى على قول أبى حنيفة وفى الوصيتين من جهة الابوين ومعهم وصى الام قال محمد فى الزيادات جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا حتى ثبت النسب منهما وصارت الجارية أم ولد لهما على ماعرف ثم انهما أعتقا الجارية واكتسبت اكتسابا ثم ماتت وأوصت الى رجل ولم تدع وارثا غير ابنها هذا وهو صغير لم يبلغ كان ولاية التصرف فى مال الولد وحفظه للوالدين لا لوصى الام فان غاب الوالدان تظهر ولاية وصى الام فتثبت له ولاية الحفظ ولكن انما تثبت الولاية فيما ورث الصغير من الام وفيما كان للصغير قبل موت الام لا فيما ورث الصغير بعد ذلك وكما ثبت له ولاية الحفظ ثبت له ولاية كل تصرف هو من باب الحفظ كبيع المنقول و بيع مايتسارع اليه الفساد وان غاب أحد الوالدين والآخر حاضر فكذلك الجواب عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف أحد الابوين ينفرد بالتصرف فى مال الصغير فولاية التصرف فى مال الصغير وحفظه للوالد دون وصى الام ولو مات أحد الابوين بعد موت الام ولم يدع وارثا غير هذا الصغير وأوصى الى رجل والوالد الآخر حاضر فالميراث كله للصغير وولاية التصرف فى التركتين للاب الثانى لا لوصى الام وان كان الوالد الثانى غائبا فلوصى الام حفظ ماتركت الام فيما كان من باب الحفظ وان مات الوارث الثانى بعد ذلك وأوصى الى رجل فوصيه يكون أولى من وصى الاب الذى مات قبله وأولى من وصى الام فان كان للاب الذى مات أولا أب وهو جد هذا الغلام و باقى المسئلة بحالها فوصى الاب الذى مات آخرا أولى بالتصرف فى مال الصغير وكذلك لو كان للأب الذى مات آخرا أب وهو جد الغلام كان وصيه أولى من أبيه وان مات وصى الاب الذى مات آخرا ٧ ولم يوص الى أحد ومات الاب الذى مات آخرا ولم يوص الى أحد وقد ترك الاب الذى مات أولا أبا جد هذا الغلام ووصيا فان وصى الاب الذى مات أولا أولى من وصيه فان كان مات الوالدان أحدهما قبل الآخر ولكل واحد منهما أب وأوصى كل واحد الى رجل ان عرف الذى مات أولا من الذى مات آخرا فولاية التصرف فى المال لوصى الذى مات آخرا وان مات هذا الموصى ولم يوص الى أحد ومات الاب الذى عرف موته آخرا ولم يوص الى أحد و باقى المسئلة بحالها فولاية التصرف فى المال للجدين لا ينفرد أحدهما به قال رحمه الله ﴿الا فى التجهيز وشراء الكفن﴾ لان فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا فى الحضر والرفقة فى السفر قال رحمه الله ﴿وحاجة الصغار والاتهاب لهم﴾ لانه يخاف هلاكهم من الجوع والعرى وانفراد أحدهما بذلك خير ولهذا يملكه كل من هو فى يده قال رحمه الله ﴿ورد وديعة عين وقضاء دين﴾ لانه ليس هو من باب الولاية وانما هو من باب الاعانة ألا ترى ان صاحب الحق يملكه اذا ظفر به بخلاف اقتضاء دين الميت لانه رضى بامانتهما جميعا فى القبض ولان فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع فى البيع الفاسد من هذا القبيل وكذا حفظ المال فلذلك ينفرد به أحدهما دون صاحبه وما استثناه القدورى فى مختصره بقوله الا فى شراء الكفن للميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة فى حقوق الميت اھ وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدورى الاستثناء عليها فى مختصره واقتفى أثره صاحب الهداية وزاد فيها على ذلك أشياء بقوله ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقبول الهبة و بيع مايخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التى زادها فى الهداية على مافى الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر اھ قال رحمه الله ﴿وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد معين﴾ لانه لا يحتاج فيه الى رأى قال رحمه الله ﴿والخصومة فى حق الميت﴾ لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضا ولو مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر أما عندهما فظاهر لان الباقى منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا نظرا الى الميت عند عجز الميت وأما عند أبى يوسف فلان الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قدر أن يجعل وصيين يتصرفان وذلك ممكن لتحقيق نصب وصى آخر مكان الاول قال فى الهداية وقضاء دين

قال فى الغاية والمراد بالتقاضى الاقتضاء وكذا كان المراد فى عرفهم اه وهذا يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضى فى الوضع واللغة بل كان معناه فى العرف مع ان الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف فى باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع اه ويدلك على كون معناه ذلك فى الوضع ماذكر فى كتب اللغة قال فى القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال فى الاساس تقاضيته دينى وبدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته اه ولم يتعرض المصنف لتصرفات الاب ووكيل الاب والجد والقاضى وأمين القاضى فى مال الصغير ونحن نذكر ذلك قال فى الأصل الاب اذا باع مال نفسه من ابنه الصغير أو اشترى مال ابنه الصغير لنفسه جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز ثم اختلف المشايخ فى انه هل يشترط لاتمام هذا العقد الايجاب والقبول والصحيح انه لا يشترط حتى ان الاب اذا قال بعت هذا من ولدى بكذا أو قال اشتريت منه هذا بكذا فانه يتم العقد ولا يحتاج الى أن يقول بعت واشتريت واليه أشار فى الكتاب فانه قال اذا باع من ولده وأشهد على ذلك جاز ولم يشترط القبول هكذا ذكر الناطفى فى واقعاته ثم ان محمدا ماذكر الاشهاد فى الكتاب على وجه الشرط لجواز هذا البيع وتمامه وانما ذكره على وجه الاستيثاق لحق الصغير حتى يتم معاملة الصغير ويجوز هذا البيع من الابن بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس فى مثله وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يجوز هذا العقد الا بمثل القيمة وفى هذا الغبن اليسير على هذه الرواية يمنع ولكن ماذكره فى ظاهر الرواية أصح ولو وكل الاب رجلا يبيع عبده له من ابن له والابن صغير لا يعبر عن نفسه ففعل الوكيل ذلك لا يجوز ولو وكل الصغير بعد البلوغ وكيلا ووكل الاب أيضا ذلك الوكيل فباع هذا من ذلك لا يجوز كذا هنا ولو كان الاب حاضرا وقبل من الوكيل جاز وتكون العهدة من جانب الابن على الاب ومن جانب الاب على الوكيل وقيل على العكس ذكره هشام فى نوادره وعن محمد اذا اشترى الاب عبدا لابنه الصغير شراء فاسدا فمات العبد قبل أن يستعمل العبد أو يقبضه أو يأمره بعمل مات من مال الصغير وفى المنتقى اشترى من ابنه عبدا والعبد فى يد الاب فمات العبد فهو من مال الابن حتى يأمره الوالد بعمل أو يقبضه واذا كان لرجل ابنان فباع مال أحدهما من الآخر وهما صغيران فان قال بعت عبد ابنى فلان من فلان جاز ذلك هكذا ذكر المسئلة فى الديات ولم يذكر ثمة انهما اذا بلغا فالعهدة على من تكون وقد اختلفوا فيه والصحيح أن العهدة عليهما ولو وكل الاب رجلا حتى باع مال أحدهما من الآخر يجوز واذا وكل رجلا بذلك يجب أن يجوز ويجاب بان الاب لكمال شفقته ملك هؤلاء ووكيله افتقدها ولو وكل الاب وكيلا بالبيع ووكيلا بالشراء فباع الوكيل يجوز وفى الزيادات الاب اذا باع مال الصغير من أجنبى بمثل القيمة فهو على ثلاثة أوجه فان كان الاب عدلا عند الناس أو كان مستور الحال يجوز البيع حتى لو كبر الابن لم يكن له أن ينقض البيع عند المشايخ وبه أخذ الصدر الشهيد اذا كان خيرا للصغير بان باع بضعف قيمته وان باع ماسوى العقار من المنقولات ففيه روايتان فى رواية يجوز ويؤخذ الثمن ويوضع على يد عدل وفى رواية لا يجوز الا اذا كان خيرا للصغير على نحو ماقلنا وفى نوادر هشام عن أبى يوسف الاب اذا باع لابنه الصغير ماثمنه عشرة دراهم بدرهم يجوز وان اشترى له ماثمنه درهم بعشرة دراهم لم يجز وفى الاصل سوى بين البيع والشراء فى هذه الصورة وأشباهها وذكر شمس الائمة الحلوانى فى أدب القاضى فى أبواب الوصايا أن الصغير اذا ورث مالا والاب مبذر مستحق الحجر على قول من يرى ذلك لا تثبت الولاية للاب وفى المنتقى عن محمد رجل باع عبد ابنه الصغير من رجل بألف ثم قال فى مرضه قد قبضت من فلان من الثمن مائتين فمات فى مرضه لم يجز اقرار الاب وكان للوصى أن يأخذ الثمن من المشترى كما لو لم يوجد هذا الاقرار من المريض ولو قال فى مرضه قبضتها من فلان فضاعت كان مصدقا ولو قال قبضتها واستهلكتها لم يكن مصدقا ولا يبرأ المشترى منها ولا يكون للمشترى اذا أخذ منه الثمن أن يرجع على الاب أو فى ماله الزيادات عن محمد اذا اشترى الاب لابنه الصغير شيأ ونقد الثمن من ماله ينوى أن يرجع ولم يشهد على ذلك ولم يقض له القاضى بالرجوع وسعه فيما بينه وبين ربه أن يرجع وفى المنتقى عن أبى يوسف رجل اشترى دارا لابنه الصغير فعلى الاب أن ينقد الثمن فان مات قبل أن ينقد فهو فى ماله خاصة يعنى مال الاب ولا يرجع به فى مال الابن ولو اشترى لابنه دارا وأشهد عند عقد البيع انه يرجع عليه بالثمن كان له أن يرجع عليه به وكذلك كل شئ يشتريه مما لا يجبر الأب عليه وكذلك كل دين كان على الأب وضمن للاب عنه وذكر فى نوادر بشر عن أبى يوسف تفصيلا فيما اشترى الأب لابنه قال ان كان اشترى شيأ يجبر الاب عليه فان كان طعاما أو كسوة ولا مال للصغير لا يرجع الاب عليه وان أشهد انه يرجع عليه وان كان المشترى شيأ يجبر الاب عليه بان كان المشترى طعاما

أوكسوة وللصغير مال أو كان المشترى دارا أوضياعا ان كان الأب شهد وقت الشراء انه يرجع وان لم يشهد لا يرجع وعن أبى حنيفة فيما اذا اشترى دارا أوضيعة أو عملو كالابنه الصغير فان كان للابن مال فالرجوع بالثمن على التفصيل ان أشهد وقت الشراء انه يرجع يرجع وان لم يشهد لا يرجع وان لم يكن للابن مال لا يرجع اشهد على الرجوع أولم يشهد ثم فى بعض المواضع يشترط الاشهاد وقت الشراء وفى بعضها يشترط الاشهاد وقت نقد الثمن ونقول اذا أشهد وقت نقد الثمن انما نقد الثمن ليرجع اليه وروى الحسن بن مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رجل اشترى لابنه الصغير ثوبا ودفعه اليه فى صحته ثم أدى الثمن فى مرضه لا يرجع على الابن بشئ وروى بشر عن أبى يوسف رجل تزوج امرأة على أمة لابنه الصغير فهو جائز واذا أسلم الامة يصير متعديا ويضمن قيمة الامة فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف لا يصح امهار الامة ويكون على الاب قيمتها للزوجة وفى الذخيرة اشترى الاب قريب الصبى أو المعتوه لا يجوز على الصبى والمعتوه ويجوز على الاب ولو اشترى للمعتوه أمة كان استولدها بحكم النكاح يلزم الاب قياسا وفى الاستحسان يجوز وهذا القياس والاستحسان على قول أبى حنيفة ومحمد وعلى قول أبى يوسف لا يجوز أصلا فهذه المسئلة على ان الاب اذا باع مال الصغير بدين نفسه من رب الدين بمثل ما عليه من الدين على قول أبى حنيفة ومحمد يجوز ويصير الثمن قصاصا بدينه ويصير هو ضامنا للصغير خلافا لأبى يوسف وأجمعوا على ان الاب اذا أراد ان يوفى دينه من مال الصغير ليس له ذلك هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه ان الاب لا يملك قضاء دين نفسه من مال الصبى وذكر القاضى الامام صدر الاسلام فى شرح كتاب الرهن انه يجوز ويحتمل ان يكون فى المسئلة روايتان واذا صح رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه عندهما فهلك الرهن فى يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب للصغير قيمة الرهن ان كانت القيمة مثل الدين أو أقل أما اذا كانت القيمة أكثر من الثلث يضمن مقدار الدين ولا يضمن الزيادة وذكر شمس الائمة فى شرح كتاب الرهن ان للاب ان يستقرض مال ولده لنفسه وذكر شيخ الاسلام فى شرحه انه ليس له ذلك وذكر شمس الائمة الحلوانى روى الحسن عن أبى حنيفة انه ليس للاب ان يستقرض مال الصغير من الاجنبى وذكر شمس الائمة السرخسى فى الروايات الظاهرة ليس له ذلك وفى الذخيرة واختلف المشايخ فى الاب فى اختلاف الروايتين عن أبى حنيفة والصحيح ان الاب بمنزلة الوصى لا بمنزلة القاضى والاب اذا أقرض مال نفسه لولده الصغير وأخذ رهنا من مال ولده جاز له ذلك هكذا ذكر شمس الائمة الحلوانى وخواهر زاده وفى نوادر ابن سماعة عن محمد لا يجوز وسيأتى له مزيد مسائل المعتوه والتصرف عليه لا يصح حتى تمضى عليه سنة من يوم صار معتوها قال ولا أحفظ فيه عن أبى حنيفة وأبى يوسف شيأ قال ابن سماعة قال محمد وقت فى ذلك شهرا ثم بعد رجوعه من الذى ٧ قدره بسنة وكل جواب عرفته فى الجنون فهو الجواب فى المعتوه لانهما يستويان فى الاحكام واذا أرسل الاب غلامه فى حاجة ثم باعه من ابن صغير له جاز ولا يصير الاب قابضا من ابنه بمجرد البيع حتى لو هلك الغلام قبل ان يرجع الى الولد هلك من مال الوالد بخلاف ما اذا وهبه منه حيث يصير قابضا له عن الابن بنفس الهبة وان لم يرجع العبد حتى بلغ الولد ثم رجع الى الولد لا يصير الوالد قابضا حتى لو هلك قبل ان يقبضه الوالد هلك من مال الولد وان انتقض البيع وفى حيل الاصل ذكر طريق براءة الاب عن الثمن الذى وجب عليه لابنه الصغير فقال يخرج الاب مقدار الثمن من مال نفسه ثم يقول الاب انى اشتريت وقد قبضتها لابنى بكونه فى يدى ويشهد على ذلك وعن محمد فى نوادر دانه قال لا يبرأ عن الثمن ما لم يشتر لابنه بذلك الثمن من مال نفسه شيأ وعلى هذا اذا أنفق من مال ابنه الصغير فى حاجة نفسه حتى وجب عليه الضمان ثم أراد ان يبرأ عنه فهو على ما قلنا وفى الهارونى الثمن الذى لزم الاب بشراء مال ولده فلا يبرأ الاب منه حتى يكون فى يده عن ابنه وديعة واذا باع داره من ابنه فى عياله والاب ساكن فيها لا يصير الابن قابضا حتى يفرغها الاب حتى لو انهدمت الدار والأب فيها يكون الهلاك على الأب وكذلك لو كان فيها متاع الاب أو عياله وهو غير ساكن فيها فان فرغها الاب صار الابن قابضا فان عاد الاب بعد ما تحول منها فسكنها أو جعل فيها متاعا أو سكنها عياله وكان غنيا صار بمنزلة الغاصب وفى الهارونى ولو باع الاب من ابنه الصغير جبة وهى على الاب أو طيلسانا هو لابسه أو خاتما فى أصبعه لا يصير الابن قابضا حتى ينزع ذلك الاب وكذلك فى الدابة والاب راكبها وكذلك ان كان عليها حمل حتى ينزعه عنها ولو قال الاب اشهدوا انى قد اشتريت جارية ابنى هذا بألف درهم وابنه صغير فى عياله جاز الشراء ويصير الاب قابضا بنفس الشراء ان كانت فى يده والثمن دين عليه لا يبرأ الا بالطريق الذى قلنا وفى الذخيرة واذا استأجر الاب للصغير أجيرا بأكثر من أجر مثله فالاجرة على الاب اذا كان بحيث لا يتغابن الناس فيه وذكر شيخ الاسلام فى شرح السير أن الاجارة

تنفذ على الصغير قال القاضى ركن الاسلام على السغدى لو غصب انسان دار صبى قال بعض الناس يجب عليه أجرة المثل فـاطنك فى هذا ومن المشايخ من روى وجوب أجر المثـل الا اذا كان النقصان خير للصغير فحينئذ يجب النقصان واذا هلك الرجـل وترك أبا وأوصى كان للأب ان ينفذ وصاياه ولو مات وعليه ديون كثيرة وورثة صغار وترك متاعا وعقارا لم يـبن للأب أن يبيع شيأ من التركة هكذا ذكر الخصاف فى أدب القاضى وفى الذخيرة قال محمد رحمه الله لم يذكر هذا الفصل فى المبسوط على هذا البيان فانه أقام الجد مقام الاب فانه قال اذا ترك وصيا وأبا فالوصى أولى فان لم يكن له وصى فالاب أولى وان مات الاب وأوصى لوصيه فهو أولى ثم وصى القاضى وعن محمد القاضى اذا باع مال الصغير من رجل وسلمه للمشترى ثم وجد المشترى عيبا فليس له أن يخاصم القاضى فى الرد بالعيب وكذلك اذا باع بعض أمناء القاضى مال اليتيم فليس للمشـترى خصومة معه فى الرد لانه نائب عن القاضى وحكمه حكم المنوب عنه القاضى اذا باع على صغير دارا فاذا هى لصغير آخر هو فى ولايته لا يجوز هكذا روى عن محمد وفى المنتقى القاضى اذا باع مال اليتيم من نفسه أو باع مال نفسه من اليتيم ذكر فى السير الـكبير أنه لا يجوز وأشار الى المعنى وقال لان بيع القاضى مال الصغير يكون على وجه الحـكم وحكم القاضى لنفسه باطل وذكر فى نوادر ابن رستم فى أول مسائل النـكاح عن محمد ان القاضى اذا زوج الصغيرة اليتيمة من ابنه الصغير وكذلك لو زوجها ممن لا تقبـل شهادته له لا يجوز لان نـكاح القاضى يكون على وجه الحـكم ولا يجوز حكمه لابنه الصغير ولا لمن لا تقبل شهادته له قال الناطفى فى أجناسه من مسائل البيوع ذكر محمد فى السير الـكبير ان بيع القاضى مال الصـغير من نفسه لا يجوز على قول محمد وأما على قول أبى حنيفة ينبغى ان يجوز وفى واقعات الناطفى اذا اشترى مال اليتيم لنفسه من وصى اليتيم يجوز وان كان القاضى جعله وصيا لان الوصى نائب عن الميت لا عن القاضى اذا باع أمين القاضى مال الصغير بأمر القاضى وقبض المشترى المبيع ولم يسلم الثمن حتى أمر القاضى الامين ان يضمن الثمن عن المشترى فضمن صح ضمانه وكذلك الجواب فى أمين القاضى والاب اذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشترى لا يصح ضمانه ٧ واذا أراد القاضى نصب الوصى ففى أى موضع ينصب فقد ذكرنا هذا الفصل بتمـامه فى أدب القاضى وذكرنا ثمة أن القاضى اذا أراد نصب الوصى لصغير هل يشترط حضرة الصغير أو لا يشترط واذا نصب القاضى وصيا للصغير وخص له نوعا من الانواع تقتصر وصايته على ذلك النوع فالوصاية من قبل القاضى قابلة للتخصيص بخلاف الوصاية من جهة الاب وفى الفتاوى مات رجل عن غير وصى فقال القاضى لرجل جعلتك وكيلا فى تركة فلان فهو وكيل فى حفظ الاموال خاصة حتى يقول له بع واشـتر ولو قال جعلتك وصيا فهو وصى بأمر القاضى وبه نأخذ وفى نوادر بشر عن أبى يوسف اذا اشترى القاضى من متاع اليتيم لنفسه شيأ فهو بمنزلة الوصى فاذا رفع الى قاض آخر نظر فيه فان كان خيرا لليتيم أجازه والا لم يجزه وكره القاضى شراءه وفى الذخيرة القاضى اذا استأجر لليتيم أجيرا بأ كثر من أجر المثـل بحيث لا يتغابن الناس ولم يعلم القاضى بذلك فللأجير أجر مثل عمله فى مال اليتيم ولو قال القاضى تعمدت الجواز تنفذ الاجارة على القاضى ويجب جميع الاجر فى مال القاضى واذا أقرض مال اليتيم صح قال رحمه الله ﴿ووصى الوصى وصى التركـتين﴾ أى اذا مات الوصى فأوصى الى غـيره فهو وصى فى تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعى لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملـكه ولانه رضى برأيه ولم يرض برأى غـيره فصار كوصى الوكيل فانه يكون وصيا فى مال الوكيل خاصـة دون مال الموكل ولان العقـد لا يقتضى مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ولا للمضارب ان يضارب وكذا الوصى ليس له أن يوصى فى مال الموصى له ولنا أن الوصى تصرف بوصية مستقلة اليه فيملك الايصاء الى غـيره كالجد ألا ترى أن الولاية التى كانت ثابتـة للموصى تنتقل الى الوصى ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لم يقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل اليه الولاية لم يتقدم على الجد فاذا انتقلت اليه الولاية يملك الايصاء والذى يوضح ذلك أن الولاية التى كانت للموصى تنتقل الى الجد فى النفس والى الوصى فى المـال ثم الجد قام مقام الاب فيما ينتقل اليه حتى ملك الايصاء فيه فـكذلك الوصى ثم الجد وهـذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعنـد الموت كانت له ولاية فى التركـتين فينزل الثانى منزلته فى التركتين ولا نسلم انه لم يرض برأى من أوصى اليه الوصى بل وجـد ما يدل عليـه لانه لما استعان به فى ذلك مع علمه انه تعتريه المنية صار راضيا باضافته الى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبـل تميم مقصوده وهو ما فوض اليه بخلاف الوكيل لان الموكل فيه يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم يوجد دلالة الرضا بالتفويض الى غيره بالتوكيل قال رحمه الله ﴿وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا﴾ يعنى قسمة الوصى مع الموصى له عن الورثة جائزة وعكسه

لايجوز وهوما اذاقاسم الوصى الورثة عن الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب و يرد عليه و يصير مغرورا بشراء الميت شيأ غرفيه الميت والوصى أيضاخليفة الميت حتى يرد بالعيب حتى يكون خصماعن الوارث اذا كان غائبا فتنفذقسمته عليه حتى لوحضرالغائب وقدهلك مافى يدالوصى ليس له أن يشارك الموصى له أماالموصى له فليس بخليفة عنه من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لايرد بالعيب ولايرد عليه ولايصير مغرورا بشراء الميت فلايكون خصماعند غيبته حتى لوهلك ماقرر عليه عندالموصى كان له ثلث مابقى لان القسمة لم تنفذعليه غيرأن الوصى لايضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة كمااذاهلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقى لان الموصى له شريك الورثة فيتوى ماتوى من المال المشترك على الشركة و يبقى مابقى على الشركة وله البيع فى مال الصغار والقسمة فى معنى البيع وله ولاية الحفظ فى مال الكبار فجازله بيعه للحفظ الاالعقار فانه محفوظ بنفسه فلايجوزله بيعه وقسمته على الورثة الكبار حال غيبتهم فى معنى البيع فلايضمن اذاهلك فى يده وفى المبسوط وقسمة الوصى اماأن تكون مع الموصى له أوفيمابين الورثة أماقسمته مع الموصى له جائزة مع الصغار وفى المنقول وقبض نصيبهم وأمافى العقار لاتجوزعلى الكبير لان القسمة بيع معنى وله ولاية بيع المنقول على الكبار دون بيع العقار هكذاذكره فى المبسوط وذكر فى اختلاف زفر و يعقوب أن القسمة فى العقار لاتجوزعندأبى حنيفة وزفر وعندأبى يوسف ومحمد تجوزقسمة الوصى على الموصى له الغائب مع الورثة وذكر فى اختلاف زفر و يعقوب ان عندأبى يوسف تجوز لان الميت أقام الوصى مقام نفسه وأثبت الولاية له فيمايحتاج اليه عندعجزه بنفسه وهو يحتاج فى تنفيذوصاياه الى ايصال التركة الى الورثة لانه يثاب بوصول التركة الى الورثة كمايثاب بوصول الوصية الى الموصى له فيجب أن يملك ذلك نظرا للموصى وعلى قياس قوله يجب أن يملك القسمة على الكبار الحضور وقضاء الدين من الحاجة الفاضلة فيمكن تأخيرها اذا امتنعوا عن القسمة حتى يحضر الغائب بخلاف الحاجة الضرورية لايمكن تأخيرها لان فى التأخير توهم الضياع وفى الضياع ضرر على الميت فلايجوز تأخيرها وفى تأخير الحاجة الفاضلة وان كانت توهم الضياع وفى الضياع ضرر على الميت الاانه لاضرر فيه على الميت فيجوز تأخيرها وفى كل موضع لاتحل القسمة اذاضاع أحد النصيبين يضيع على الشركة ومابقى يبقى على الشركة وقسمة الوصى الميراث بين الصغار لايجوز لان القسمة بمعنى البيع ولايجوز شراء الوصى مال أحد الصغيرين للصغير الآخر لان بيعه مقيد بشرط أن يكون فيه منفعة ظاهرة للصغير فان كان لاحدهما فيه منفعة ظاهرة يكون للآخر فيه مضرة ظاهرة فلم يجز البيع فلم تجز القسمة وعند محمد لايلى العقد من الجانبين بكل حال والحيلة فى جواز هذه القسمة أن يبيع حصة أحد الصغيرين مشاعا وان كانوا ثلاثة باع حصة أحد الصغار من آخر ثم يقاسم مع المشترى ثم حصة أحد الصغيرين كى يمتاز حق أحدهما عن الاخر وان كانوا الورثة صغارا وكبارا والكبار غيب لاتجوز قسمته فى العقار لانه لايلى بيعه على الكبار فكذلك قسمته وفى العروض له ولاية القسمة كمايلى بيعها لان الكبار الغيب التحقوا بالصغار فى هذه الحالة فصار كان الكل صغار ولو كان الكل صغارا تجوز قسمته فكذا هذا وان كان الكبار حضورا جاز قسمته على الصغار مع الكبار لان هذه قسمة جرت بين اثنين والقسمة بين الصغار جرت من الواحد لانه لايلى القسمة من الجانبين فلم تجز القسمة فى حق الصغار جملة فالقسمة فى حق الكبار صحيحة لانها جرت بين الكبير والوصى فى نصيب الصغار واذاقسم الوصيان التركة بين الورثة وأخذ كل واحد منهما نصيب بعضهم فالقسمة فاسدة لان القسمة لاتكون الابين اثنين وكلاهما كشخص واحد لايملك أحدهما التفرد بالقسمة عندهما وعندأبى يوسف وان كان ينفرد أحدهما بالقسمة الاان كل واحد وكل صاحبه فى القسمة فتصير قسمته مع صاحبه كقسمته مع نفسه قال رحمه الله ﴿فلوقاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث مابقى﴾ أى لوقاسم الوصى الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك فى يده رجع الموصى له بثلث مابقى لمابينا أن الموصى له شريك الورثة فيرجع الموصى له على مافى يد الورثة ان كان باقيا فيأخذ بثلثه لعدم صحة القسمة فى حقه واذاهلك فى أيديهم فله ان يضمنهم قدر الثلث ماقبضوا وان شاء ضمن الوصى ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهماشاء قال رحمه الله ﴿وان أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك مافى يده أودفع الى من يحج عنه فضاع فى يده يحج عنه بثلث مابقى﴾ أى اذا أوصى بان يحج عنه فقاسم الوصى الورثة فهلك مافى يد الوصى فانه يحج عن الميت من ثلث مابقى وكذلك اذادفعه الى رجل ليحج عنه فضاع مادفعه اليه يحج عنه بثلث الباقى وهذاعندأبى حنيفة وقال أبو يوسف ان كان المقرر مستغرقا الثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وان لم يكن مستغرقا للثلث

يحج عنه بما بقى من الثلث الى تمام الثلث وقال محمد لا يحج عنه بشئ وقد قررناه فى المناسك قال رحمه الله ﴿وصح قسمة القاضى وأخذ حظ الموصى له ان غاب﴾ أى ان غاب الموصى له لان الوصية صحيحة وان كان قبل القبول ولهذا لومات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضى ناظر فى حق العاجز وافراز نصيب الغائب وقبضه من النظر فينفذ ذلك عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض فى يد القاضى أو أمينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضى وهذا فى المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز أخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا ولهذا يجوز بيع نصيبه مرابحة وأما مالا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع و بيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة قال رحمه الله ﴿و بيع الوصى عبدا من التركة بغيبة الغرماء﴾ أى يصح بيع الوصى عبدا لاجل الغرماء لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر عن الغرماء فكذا الوصى لقيامه مقامه وهذا لان حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لانه أخلف شيأ وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له فى التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان الغرماء لهم حق الاستيفاء بخلاف مانحن فيه قال رحمه الله ﴿وضمن الوصى ان باع عبدا أوصى ببيعه والتصدق بثمنه ان استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده﴾ معناه اذا أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباع الوصى العبد وقبض الثمن فضاع الثمن فى يده وهو المراد بالهلاك المذكور فى المختصر ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصى الثمن للمشترى لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه لان المشترى منه لم يرض ببدل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ البائع وهو الوصى مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ولم يتعرض لضمان الوصى فى الاستقراض ولا فى الطعام والوديعة والبيع بطلب الغرماء أو بغير طلب ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة قال فى المبسوط فالوصى تارة يضمن وتارة لا يضمن فاذا أمر الوصى المستودع ان يقرض مال اليتيم فاقرض ضمن المستودع لان الوصى لا يملك الاقراض من مال الصبى فلا يملك التوكيل والامر به فلم يصح الامر بالاقراض ولو قضى الوصيان دينا لرجل ثم شهدا ان له على الميت دينا لم يجز و يضمنان ان ظهر دين آخر لانهما باشهادتهما يدفعان عن أنفسهما مغرما لانهما صارا ضامنين مادفعا الى الاول لانهما دفعا بغير أمر القاضى ولو شهدا به قبل ان يقضيا جاز لانهما باشهادتهما لم يجرا الى أنفسهما نفعا ولا يدفعان مغرما وهو لزوم قضاء الدين ومسائل الاطعام على فصول الاول لو أوصى بان يطعم عشرة مساكين لكفارة يمينه وغدى الوصى عشرة ثم ماتوا قال رحمه الله يغدى ويعشى عشرة أخرى ولا يضمن الوصى لانه غداهم بامر الموصى لان التغدية اطعام ولكنه لم يكمل وفات الاكمال لا بمعنى من جهته فلا يصير متعديا وان قال اطعموا عنى عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغدى عشرة ثم ماتوا فانه يعشى عشرة سواهم لان الواجب فى كفارة اليمين سد عشرة خلات ورد عشرة جوعات وذلك يحصل بالتغدية والتعشية و بالموت فات ذلك فيغدى و يعشى غيرهم فأما اذا نص على الاطعام غداء وعشاء فالجمع والتفريق سواء و روى هشام عن أبى يوسف أنه ان قال اطعم عنى عشرة مساكين فغدى عشرة ثم ماتوا يضمن الوصى قياسا ولا يضمن استحسانا و يعشى غيرهم لانه أمرهم بالاطعام مطلقا فالتحق بالاطعام الواجب شرعا فى الكفارة لانه نص على الغداء والعشاء فسواء فرق أو جمع جاز رجل أودع رجلا مالا وقال ان مت فادفعه الى ابنى فدفعه اليه وله وارث غيره ضمن حصته ولا يكون هذا وصيا لانه لم يفوض اليه التصرف فى التركة فبقى أمينا للورثة والامين اذا دفع مال الورثة الى أحدهم ضمن وان قال ادفعه الى فلان غير وارث ضمن المال الذى دفعه اليه قال أبو يوسف اذا خلط الوصى مال اليتيم بماله فضاع فلا ضمان عليه لان له ولاية حفظه كيفما كان مريض اجتمع عنده قرابته يا كلون من ماله قال أبو القاسم الصفار ان أكلوا بامر المريض فمن كان منهم وارثا ضمن ومن كان غير وارث حسب ذلك من ثلثه قال الفقيه أبو الليث احتاج المريض الى تعاهدهم فى مرضه فأكلوا معه ومع عياله بغير اسراف فلا ضمان عليهم رجل مات وعليه دين فباع وصيه رقيقه للغرماء وقبض الثمن فضاع عنده أومات بعض الرقيق فى يد الوصى قبل أن يسلم الى المشترى فالمشترى يرجع بالثمن على الوصى ويرجع به الوصى على الغرماء لانه فى البيع عامل للغرماء ومن عمل لغيره ولحقه فيه ضمان رجع به على المعمول له ولو استحق العبد ورجع المشترى بالثمن على الوصى لم يرجع الوصى بالثمن على الغرماء الا أن يكون الغرماء أمروه ببيعه وكذلك لو قال الغرماء له بع رقيق الميت واقضنا لم يرجع عليهم ولو كانوا قالوا بع عبد فلان هذا ارجع بالثمن عليهم لانهم عينوه الا أن يكون الثمن من دينهم فلا يرجع عليهم باكثر من دينهم ولو قال له بع هذا العبد فانه لفلان فقال الوصى لا أبيعه ثم باعه ثم استحق وقد ضاع الثمن رجع به الوصى على

الغريم ولو لم يكن على الميت دين ولكن الوصي باع الرقيق للورثة الكبار فهم في جميع هذه الوجوه كلها بمنزلة الغرماء وان كانوا صغارا لم يرجع عليهم في الاستحقاق ولو باع القاضي رقيق الميت للغرماء فضاع الثمن عنده ثم استحق الرقيق رجع المشتري بالثمن على الغرماء لا على القاضي لانهم بمنزلة بيع الغرماء كانهم نالوا البيع بانفسهم رجل أوصى بعتق عبد ثم جنى العبد جناية بعد موت الموصي فاعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن أرش الجناية وان لم يعلم ضمن قيمته ولا يرجع بذلك على أحد لان الميت انما أوصى بعتقه قبل أن يجني فلما جنى لم يكن للوصي أن يعتقه الا أن يضمن الجناية عنه فاذا أعتقه فهو متطوع في عتقه والجناية لازمة له فان قال الوصي عند القاضي قد اخترت امساك العبد وأشهد على نفسه بذلك شهودا فليس له أن يرجع ويدفع العبد فان لم يكن لهم مال غير العبد فعليه أن يبيع ويؤدي أرش الجناية من ثمنه فان مات العبد قبل أن يبيعه بعد ما اختاره فالجناية دين على الايتام حتى يؤدونها قال رحمه الله ﴿ويرجع في تركة الميت﴾ لانه عامل له فيرجع به في تركته كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع الوصي على أحد لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشئ ثم رجع الى ما ذكره هنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فيأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث ونحن لا نسلم أنه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين عليه يقضى من جميع التركة وان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء فلا يرجع بشئ كما في سائر ديون الميت وفي المنتقى لا يرجع الوصي في مال الميت بشئ وانما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لانه عامل لهم فكان غرمه عليهم قال رحمه الله ﴿وفي مال الطفل ان باع ماله واستحق المبيع رجع في مال الصغير﴾ لانه عامل له قال رحمه الله ﴿وهو على الورثة في حصتهم﴾ أي الصبي يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال رحمه الله ﴿وصح احتياله بماله لو خيرا له﴾ أي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم اذا كان فيه خير بان يكون الثاني أملأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو على تقدير أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا أو بجحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة ولا يرى رجوع الدين على الاول وقوله لو خيرا بين انه يصح احتياله اذا كان الثاني خيرا من الاول ولم يبين حكم ما اذا كانوا سواء ففي الذخيرة واختلف الناس فيه ذكر المحبوبي ان كان الثاني مثل الاول لا يجوز بخلاف بيعه مال اليتيم بمثل قيمته حيث يجوز والحوالة لا تجوز قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اعلم ان للوصي أن يأخذ الكفيل بدين الميت لان الكفالة لا توجب براءة الاصيل ولو احتال بماله وأخذ الكفيل بشرط براءة الاصيل فانه ينظر ان كان ذلك خيرا لليتيم فانه يجوز اذا كان المحال عليه أملأ حتى لو أدرك وقال أخذ الدين فليس له أن يفسخ الحوالة وان لم يكن أملأ من المحيل فانه لا يجوز هذا اذا ثبت الدين بمداينة الميت وأما اذا ثبت بمداينة الوصي فانه يجوز سواء كان خيرا لليتيم أو شرا له الا انه اذا كان خيرا له فانه يجوز بالاتفاق حتى انه اذا أدرك وأراد أن ينقض ذلك ليس له ذلك وان كان شرا له جاز ذلك ويضمن الوصي لليتيم عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز اذا كان شرا قال رحمه الله ﴿أو بيعه وشراؤه بما يتغابن﴾ أي يجوز بيع الوصي وشراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكنه التحرز عنه ففي اعتباره انسداد باب الوصاية بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر والصبي يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهم ليسوا من أهلهما ولا ضرورة اليه وهذا اذا تبايع الوصي للصغير مع الاجنبي وأما اذا اشترى شيأ من مال اليتيم لنفسه أو باع شيأ منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة اذا كان فيه منفعة ظاهرة وهو أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر وان لم يكن فيه نفع فلا يجوز وعلى قول محمد وأظهر الروايات عن أبي يوسف انه لا يجوز بيعه من نفسه بكل حال هذا في وصي الاب وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيل وللاب أن يشتري شيأ من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة والغبن يسير وقال المتأخرون من أصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير الا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى وأطلق المصنف في البيع والشراء فشمل العروض والعقار وما يخاف عليه الفساد وغير ذلك وتقدم حكم العقار واذا كانت الورثة كلهم صغارا وسيأتي حكم تصرفه واذا كانوا كبارا أو مختلطين

واذا ادعى رد الوديعة ثم مسائله ثلاثة أقسام قسم يصدق فيه بالاتفاق وقسم لا يصدق فيه بالاتفاق وقسم اختلفوا فيه أما الاول اذا قال الوصى ان أباك ترك رقيقا وأنفقت عليهم أو قال اشتريت رقيقا وأديت الثمن ثم ماتوا فانه يصدق لانه أقر بما هو مسلط عليه من جهة الشرع لانه مسلط على ما فيه اصلاح الصغير والانفاق عليه وعلى رقيقه مقدار حاجتهم اصلاح لهم فيصدق فيه ولو قال اشتريت من فلان العبد الذى فى يده ودفعت الثمن وأنكر ذو اليد يصدق على الصبى دون ذى اليد لانه مسلط على الشراء والبيع وتنمية مال الصبى فانه اصلاح لها كيلا يستأصلها النفقة ولو قال استأجرت رجلا لرد الآبق صدق اتفاقا لان الاستئجار فعل هو مسلط عليه شرعا لما فيه من اصلاح الصغير واحيائه وأما القسم الثانى لو قال أنفقت من مالى لارجع عليك لم يصدق ولذلك لو قال استهلكت مالا فاديت ضمانه وأنفقت على أخ لك كان زمنا لم يصدق لانه أقر بما لم يكن مسلطا عليه لانه غير مسلط على الانفاق من مال نفسه ولا على الانفاق من مال اليتيم على محارمه قبل فرض القاضى وأما القسم الثالث لو قال أبق غلامك وأديت جعل الآبق وأديت خراج أرضك عشر سنين وقال الوارث لم تؤد الا حظ سنة صدق الوصى عند أبى يوسف خلافا لمحمد وكذلك لو اختصما والارض لا تصلح للزراعة بان غلب عليها الماء وقال الصبى كانت كذلك وقال الوصى كانت صالحة فعلى الخلاف وعلى الاول لو كانت تصلح للحال يصدق الوصى اجماعا بعد ما اتفقا على مدة المالك لان الوصى أقر بما ليس بمسلط عليه شرعا لان ذلك ليس من الغلة والتسليط يتحقق على فعل الغير فلا يصدق فيه كما لو قال ان عبدك جنى ففديته بكذا أو استهلك مال انسان فاديت ضمانه من مالك لا يصدق فكذا هذا لابى يوسف انه أقر بما هو مسلط عليه شرعا فى ماله لانه بدل مال الصبى وأخذ بازائه عوضا يعدله أو منفعة فانه لا يتمكن من المزارعة الا بالخراج فكان الخراج بدل ماله ليقع مقابله وكذلك اصلاح أمر أرضه والوصى مسلط على التصرف فى مال الصبى اذا كان فيه اصلاح وارفاق ولو أحضر الوصى رجلا الى القاضى فقال ان هذا رد عبد الصبى من الاباق فوجب له الجعل وفى يدى مال هذا الصبى فاعطيه هل يصدقه القاضى قيل هذا على الخلاف أيضا وقيل لا يصدقه بالاتفاق فيحتاج أبو يوسف الى الفرق بينهما والفرق انه ثمة ادعى وجوب الجعل فى ماله لغيره وهو غير مسلط على الدعوى لغيره فى مال الصبى وهنا ادعى انه كان الجعل من مال الصغير ولم يدع الجعل فى ماله للحال فكان مسلطا على التصرف فى مال الصغير لاحياء ماله واصلاحه قال رحمه الله ﴿وبيعه على الكبير فى غير العقار﴾ أى بيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار لان الاب لا يلى العقار ويلى ما سواه فكذا وصيه لانه قائم مقامه وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا ولا الاب كما لا يملك على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يخاف عليه الفساد لان حفظ ثمنها أيسر وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه للبيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى الاكثر من ذلك وعند أبى حنيفة جاز له أن يبيع كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبت فى البعض ثبت فى الكل لانها لا تتجزأ ولو كان يخاف هلاك العقار ويملك بيعه لانه تعين حفظ المنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر وقال فى الغاية فان قلت علم حكم ما اذا كان الكل كبارا غيبا أو الكل صغارا بقى حكم ما اذا كان بعضهم كبارا وبعضهم صغارا قال فى المحيط وان كانت الورثة صغارا وكبارا وعلى الميت دين أو أوصى لوصيه بيع العروض والعقار عند أبى حنيفة وعندهما يبيع المنقول وحصة الصغير فى العقار وأما حصة الكبار الحضر فلا يملك بيعها وان كانوا غائبين فيملك وقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿ولا يتجر فى ماله﴾ أى الوصى لا يتجر فى مال اليتيم لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة فان قلت هذه العبارة على اطلاقها غير صحيحة لان المنقول فى جامع الفصولين وفى غيره أن للوصى أن يتجر فى مال اليتيم وينبغى أن يكون المراد ولا يتجر لنفسه فى مال اليتيم كما صرح به قاضيخان ووصى الاخ والعم والام فى مال تركته ميراثا للصغير بمنزلة وصى الاب فى الكبير الغائب بخلاف مال آخر للصغير غير ما تركه الموصى حيث لا يملك الوصى بيعه لان الوصى قائم مقام الموصى وهو الاخ ومن بعده وليس لواحد منهم التصرف فى مال الصغير فكذا وصيهم بخلاف الاب والجد حيث يكون لهم ولاية التصرف فى مال الصغير مطلقا من غير تقييد فيما تركه ميراثا فكذا وصيه يملك ذلك ويشهد للقيد الذى ذكرناه ما فى المبسوط وللوصى أن يأخذ مال الصغير مضاربة لانها تجارة وليس له أن يؤاجر نفسه من اليتيم لان القيام بمصالح اليتيم واجب على الوصى فلا حاجة الى استئجاره وصى كان فى يده ألف درهم لاخوين فقال دفعت الى أحدهما نصيبه وكذبه المدفوع اليه فالباقى بينهما نصفان ولا يضمن الوصى لانه أمين فيه

وهو

وهو مسلط على الدفع والرد فيصدق فيه وصى عنده ألفان ليتيمين فادركا فدفع الى أحدهما ألفا وصاحبه الآخر حاضر وجحد القابض القبض منه يغرم الوصى خمسمائة بينهما لان قسمته لا تجوز ولو كان القابض مقرا كان للآخر أن يأخذ منه خمسمائة وان شاء ضمن الوصى ورجع بها عليه لانها لما لم تجز القسمة بقى الآخر شريكا فيما قبضه صاحبه فله أن يأخذ نصيبه منه والوصى بالدفع صار ضامنا ومتى أدى الضمان ملك المضمون وهو نصيب الجاحد رجع بنصيبه على صاحبه ولو قال لهما بعدما كبرا قد دفعت اليكما ألفا فصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المنكر على أخيه بمائتين وخمسين درهما وان أنكر لم يكن لهما على الولى شئ لانه أمين ادعى رد الامانة الى صاحبها ولو قال الوصى دفعت الى كل واحد منكما خمسمائة على حدة وصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على الوصى بمائة وخمسين درهما لان قسمته لا تجوز عليهما وهما حاضران ولو كانا غائبين جازت القسمة عليهما رجل مات وترك ابنين صغيرين فلما أدركا طلبا ميراثهما فقال الوصى جميع تركة أبيكما ألف وقد أنفقت على كل واحد منكما خمسمائة فصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على المصدق بمائتين وخمسين ولا يرجع على الوصى فى ذلك عند زفر وهو رواية عن أبى حنيفة وفى رواية عن ابن أبى مالك عن أبى يوسف انه يرجع لان الوصى أمين ادعى صرف الامانة الى نفقتهما وحاجتهما وهو مسلط عليه من جهة الشرع فيصدق فيه فى حق براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق فى ابطال حق المكذب فيما وصل الى المقر بالنفقة فصار المقر مقرا بالشركة فيما وصل اليه وذلك خمسمائة وقال أبو يوسف لا يرجع المقر على المنكر بشئ والقول قول الوصى لانه يصدق فى الانفاق على المنكر لانه مسلط عليه وهو مأمور من جهة الشرع فيصدق فيه فثبت الانفاق عليه فصار كانه وصل اليه خمسمائة معاينة وفى الفتاوى رجل باع ضيعة اليتيم من مفلس يعلم أنه يعجز عن استيفاء ثمنه منه قال يؤجل القاضى المشترى ثلاثة أيام فان نقده الثمن والا نقض البيع وقال نصير بن يحيى للوصى أن يأكل من مال اليتيم ويركب دابته اذا ذهب فى حاجته قال الفقيه أبو الليث هذا اذا كان محتاجا لقوله تعالى ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فان لم يكن محتاجا لا يجوز لقوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما الآية من غير تفصيل ولكن هذه الآية صارت منسوخة بالاولى وذكر فى المنتقى لا يركب الوصى من مال اليتيم فى حاجته الا باذن القاضى والنفقة من مال الموصى وفى فتاوى الفضلى وصى أخذ أرض الصبى مزارعة قال لا يجوز ان شرط البذر على اليتيم لانه صار مؤاجرا نفسه ببعض الخارج وليس له أن يؤاجر نفسه من الصبى وان كان البذر منه يجوز عندهما اذا كان خيرا لليتيم لانه صار مستأجرا أرضه ببعض من بذره وله أن يستأجر أرض الصبى بالدراهم فكذا ببعض الخارج وفى واقعات الناطفى قال ولو أخذ الوصى مال اليتيم وأنفقه فى حاجة نفسه ثم وضع مثل ما أنفق لا يبرأ عن الضمان الا أن يبلغ اليتيم فيدفعه اليه أو يشترى لليتيم شيأ ثم يقول للشهود كان على لليتيم كذا وكذا وأنا أشترى ذلك له فيصير قصاصا ويبرأ عن الضمان رجل بنى جدارا بين دار بين الصغيرين لهما عليه حمولة ويخاف السقوط ولكل واحد منهما وصى فطلب أحدهما مرمته وأبى الآخر فالقاضى يبعث أمينا لينظر فيه فان رأى فى تركه ضررا عليهما أجبر الآبى حتى يبنى مع صاحبه بخلاف ما لو أبى أحد الشريكين لانه قد رضى بادخال الضرر عليه فلا يجبر وههنا أراد الوصى ادخال الضرر على اليتيم فيجبر وصى على يتيمين فباع دار أحدهما فاذا هى لليتيم الآخر فهو جائز وقد تقدم ما يخالف ذلك فى قوله وتنفيذ وصية معينة واذا باع القاضى على انهما لفلان فاذا هى لآخر لا يجوز لان هذا قضاء والقضاء اذا كان المقضى عليه مجهولا لا يجوز قال رحمه الله ﴿ووصى الاب أحق بمال الطفل من الجد﴾ وقال الشافعى رحمه الله الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا ان ولاية الاب تنتقل اليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه فى المال والجد فى الولاية لانه أقرب اليه وأشفق عليه حتى ملك الانكاح دون الوصى

﴿فصل فى الشهادة﴾ قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة فى الوصية أمرا يختص بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها قال رحمه الله ﴿شهد الوصيان ان الميت أوصى لزيد معهما لغت شهادتهما﴾ أى بطلت لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات العين لهما فترد للتهمة فاذا ردت ضم القاضى اليهما ثالثا لان فى ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصى آخر معهما للميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد الوصى لامتناع تصرفهم بدونه فصار حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة وجاز ذلك للقاضى مع وجود الوصى لامتناع تصرفهم بدونه فصار كانه مات ولم يوص لاحد فيضم اليهما ثالثا ليمكنهم التصرف وهذا وجه الاستحسان فيجب الضم قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضى لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن

له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصي اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما انهما لا تدبير لهما في هذا المال الا بالثالث فاستند من هذا الوجه مالم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذا هنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير والى هنا لفظ النهاية واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية وقال تاج الشريعة لو سألا من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما الى ذلك اهـ ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين مطلقا وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما ألبتة وان بطلت شهادتهما كما مضى عليه في عامة الكتب المعتبرة اهـ ولم يتعرض لما اذا أنكر المشهود عليه أو صدقه ولم يقبل أو قبل ورد أو لم يرد ونحن نذكره تتميما للفائدة قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه أدخل معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه ومن مشايخنا من قال ماذكر وامن انه يدخل معهما ثالثا هذا قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يوجد فيه خلاف ٧ وان صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثا بخلاف مالو قبل ثم أبى لا يقبل رده واباؤه الى هنا لفظ المحيط ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم ٧ هذا المدعي أثر شهادة المتهم مع انه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر اهـ أقول ليس هذا بشئ لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه في اسقاط شئ كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي وكم من شئ يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز ان تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع وقد أفصح عنه صاحب العناية حيث قال وجه الاستحسان ان القاضي ملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطنا عنه مؤنة التعيين ومثاله ان القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين اهـ قال رحمه الله ﴿الا ان يدعي زيد﴾ أي يدعي زيد انه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس أن لا تقبل كالاول ووجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم اليهما ثالثا على ما بينا آنفا وتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه كما اذا مات ولم يترك وصيا فانه ينصب وصيا ابتداء فهذا أولى قال رحمه الله ﴿وكذا الابنان﴾ يعني لو شهد الابنان ان أباهما أوصى الى رجل وهو منكر لا تقبل شهادتهما لقول شريح لا أقبل شهادة خصم ولا مرتاب أي متهم وان ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا على انه نصب وصيا ابتداء على ماذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما اذا شهدا ان أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل سواء ادعى الرجل الوكالة أو لم يدع لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصي قال رحمه الله ﴿وكذا لو شهدا لولد صغير بمال على الميت﴾ أي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال على الميت لا تقبل فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما في ذلك فصارا متهمين أو خصمين فلا تقبل قال رحمه الله ﴿أو لكبير بمال الميت﴾ يعني اذا شهد الوصيان لولد كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما الكبير بخلاف التركة لانقطاع ولايتهما عنه لان الميت أقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا أو الموصي أبا حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان لوصي الاب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيده به في الكبير وهذا عند أبي حنيفة وقالا اذا شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين أي في التركة وغيرها الا ان ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت اذا كان الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف ما اذا كانوا صغارا على ما بيناه والحجة عليهما ما بيناه وفي المحيط اذا شهد غرماء الميت انه أوصى لفلان بكذا لا تقبل شهادتهم قياسا ولو شهد أحدهما انه أوصى لفلان بثلث ماله وشهد الآخر انه أوصى له بثلث ماله وقال أعطوا منه فلانا ألف درهم قال محمد يعطى الموصى له ثلث المال ولا ينقص منه ألفا فكانه أوصى له بثلث الالف لانهما اتفقا على الشهادة بالثلث وانفرد أحدهما بشهادة الالف لفلان فما اتفقا عليه يقبل وما انفرد أحدهما به يرد لان القائم به شهادة فرد وصار بمنزلة مالو استثنى أحدهما شيأ من الالف واذا شهد شاهدان ان الميت أوصى لهذين بدراهمه وشهد شاهدان أنه أوصى

لهما

لهما بدنانير أواثنان بعبـد والآخران بدراهم جازت الشـهادة لان كل فريق يشهد على عقد الوصية لا على الملك ويمكن اثبات العقدين ومتى كان الموصى به واحدا بطلت الشهادتان كما لو شهد أحـد الفريقين بالبيع من هذا والآخر ببيعه من هـذا لم تقبل ومتى كان الموصى به مختلفا فقد أمكن اثبات الوصيتين فتقبل واذا شهد الوصيان لرجل كبيرا أنه ابن الميت جاز وان كان صغيرا لم يجز قياسا لانهما يقبضان ميراثه فيكونان متهمين وتقبل استحسانا على النسب وعلى التزويج لان المشـهود به النسب واستحقاق الميراث انما يثبت حكما لبيان النسب لا مقصودا بالشـهادة قال رحمه الله ﴿ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثله تقبل وان كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا﴾ وهذا عند محمد وقال أبو يوسف لا تقبل فى الدين أيضا ويروى أبو حنيفة مع محمد ويروى مع أبى يوسف وعن أبى يوسف مثل قول محمد وروى الحسن عن أبى حنيفة انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة وان شهد اثنان لاثنين فقبلت ثم ادعى الشاهدان بعـد ذلك على الميت بالف درهم فشهد لهما الاولان تقبل قال فى العناية جنس هذه المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشـهادة بالف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلان بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور فى الكتاب آخرا وهو ان يشـهد الرجلان بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد يعنى ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة أو بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيـه التهمة لا تقبل الشـهادة فيه وهو الثانى والرابع ومالم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر فى الكتاب وأما الوجه الاول فقـد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا اهـ أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد بالاوجه الاقسام الكلية فهى ثلاثة لا غير أحدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وماعداه وجه رابع داخل فى القسم الثانى لا محالة وان أراد بها الامثلة فهى خمسة لا أربعة كما تدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجها واحـدا على أن قوله الاول ما اختلفوا فيه والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعده كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضى كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان صاحبى النهاية والكفاية وان ذهبا أيضا الى كون الاوجه فى جنس هذه المسائل أربعـة الا أن تقريرهما لا ينافى كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير صاحب العناية فانهما قالا وجنس هـذه المسائل على أربعة أوجه فى الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين أخرى كالجارية لانه لا شركة للشهود فيه فلا تتمكن التهمة وفى الوجه الثانى لا تقبل بالاجـاع وهو ان يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشـهود لهما للشاهدين بالف مرسلة أيضا وفى الوجه الثالث لا تقبـل أيضا وهو ان يشهد الرجلان ان الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشـهادة مثبتة للشركة وفى الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين ثم ان الحق أن تثبت القسمة ههنا كما فعله الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا حيث قال واذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فان هـذا على ثلاثة أوجه فى وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفى وجه لا تقبل بالاتفاق وفى وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بالثلاثة ودليله كما فعل شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول أحـدها ما لا تقبل فيه الشـهادة بالاتفاق والثانى ما تقبـل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحـد منهما لمحمد ان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة فيه اذا لم يجب بسبب واحـد ولهذا يختص أحدهما بما قبض ولا يكون للآخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط الدين وأن للوارث ان يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فلا يمكن الشركة بينهم فصار كما لو شـهد الفريقان فى حال حياته بخلاف الوصية فان حق الموصى له يتعلق بالعين المتروكة حتى لا يبقى بعـد هلاك التركة وليس للوارث ان يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر ولو قبض أحد الفريقين شيأ كان للفريق الآخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا لنفسـه حق المشاركة فى التركة فلا تصح شـهادتهما ولأبى يوسف ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كان مستغرقا بالدين فشهادة كل فريق للآخر تلاقى محلا اشتركا فيـه فصار نظير مسئلة الوصية فلا تقبل بخلاف الشـهادة فى حال الحياة لان الدين فى ذمتـه لبقائها فى المال فلا تتحقق الشركة وجه

رواية الحسن انهما اذا جاآمعا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة فترد بخلاف ما اذا كان على التعاقب لان الاول قدمضى وثبت بمعنى المعاوضة فلاتهمة والثانى لايزاحمه الاول عند صدوره فصار كالاول والوصية بجزء شائع كالوصية بالدراهم المرسلة فيما ذكرنامن الاحكام حتى لاتقبل فيهاشهادة الفريقين لانهاتثبت التركة ولوشهد رجلان انه أوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد المشهودلهما انه أوصى للشاهدين بثلث ماله أو بالدراهم المرسلة فهى باطلة لان الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ماااذا شهدرجلان لرجلين أنه أوصى لهما بعين أخرى حيث تقبل الشهادتان لانه لاشركة فلاتهمة والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الخنثى ﴾

وهو على وزن فعلى بالضم من التخنث وهو اللين والتكسر ومنه المخنث وتخنث فى كلامه وسمى خنثى لانه يتكسر وينقص حاله عن حال الرجل وجمعه خناثى وفى الشرع ماذكره المؤلف قال فى النهاية لمافرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة من النساء والرجال شرع فى بيان من له آلتان فقدم ذكر الاول لما ان الواحد قبل الاثنين ولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه اه أقول فيه بحث أما أولا فلان ماذكر فى الكتب السابقة من الاحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان ألاترى ان الاحكام المارة فى كتاب الوصايا مثلا جارية بأسرها فى حق الخنثى أيضا وكذلك الحال فى أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أوجلها فمامعنى قوله لما فرغ من أحكام من له آلة واحدة شرع فى بيان أحكام من له آلتان وجعل المصنف فى الهداية لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثانى لاحكامه حيث قال فصل فى بيانه ثم قال فصل فى أحكامه فهو فى هذا الكتاب انماشرع حقيقة فى بيان من له آلتان لافى بيان أحكامه وانماذكر أحكامه فى الفصل الثانى بعدان ذكر بيان نفسه فى الفصل الاول وان صح ان يقال شرع فى أحكامه أيضا بتأويل ما فمامعنى تخصيص الشروع بالثانى فى قوله شرع فى بيان أحكام من له آلتان وقال فى العناية لما فرغ من أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود اه وانما قال المشكل ولم يقل المشكلة لان مالم يعلم تذكيره ولاتأنيثه الاصل فيه التذكير قال رحمه الله ﴿هو من له فرج وذكر﴾ يعنى الخنثى من له فرج المرأة وذكر الرجل وظاهر عبارة المؤلف انه لابد من الآلتين قال البقالى أولا يكون فرج ولاذكر ويخرج بوله من ثقب فى المخرج أوغيره ولايخفى ان الله يخلق مايشاء فيخلق ذكرا فقط أو أنثى فقط أوخنثى قال رحمه الله ﴿فان بال من الذكر فغلام وان بال من الفرج فأنثى﴾ لانه عليه الصلاة والسلام سئل كيف يورث فقال من حيث يبول وعن على رضى الله عنه مثله وروى ان قاضيامن العرب فى الجاهلية رفع اليه هذه الواقعة فجعل يقول هوذكر وامرأة فاستبعد قوله ذلك فتحير ودخل فجعل يتقلب على فراشه ولايأخذه النوم لتحيره وكانت له بنت تغمز رجله فسألته عن ذكره فاخبرها بذلك فقالت دع المحال وأتبع الحكم المبال فخرج الى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوا فعرف بذلك ان هذا الحكم كان فى الجاهلية فاقره الشرع ولان البول من أى عضو كان فهو دليل على انه هو العضو الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب وذلك انمايقع به الفصل عند الولادة لان منفعة تلك الآلة خروج البول وذلك عند انفصاله من أمه وماسوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك أنه هو الاصل قال رحمه الله ﴿فان بال منهما﴾ فالحكم للاسبق لانه دليل على انه هو العضو الاصلى ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة فلايتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الاخرى قال رحمه الله ﴿فان استويا﴾ أى فى السبق ﴿فمشكل﴾ لعدم المرجح قال رحمه الله ﴿ولاعبرة بالكثرة﴾ وهذا عند أبى حنيفة وقالا ينسب الى أكثرهمابولا لانه يدل على انه العضو الاصلى ولان للاكثر حكم الكل فى أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة مايخرج ليس بدليل على الآلة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه لالانه هو العضو الاصلى ولان نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة لايقع بها الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والاربعة وقداستقبح أبوحنيفة اعتبار ذلك فقال هل رأيت قاضيا يكيل البول بالاواقى قال رحمه الله ﴿فان بلغ وخرجت له لحية أووصل الى النساء فرجل وكذا اذا احتلم من الذكر﴾ لان هذه من علامة الذكر قال رحمه الله ﴿وان ظهر له ثدى أولبن أوأمكن وطؤه فامرأة﴾ لان هذه من علامات النساء قال رحمه الله ﴿وان لم تظهر له علامة أوتعارضت فمشكل﴾ لعدم مايوجب الترجيح وعن الحسن انه يعد أضلاعه فان أضلاع الرجل تزيد عن أضلاع المرأة بواحد قال رحمه الله ﴿فيقف بين صف الرجال والنساء﴾ لانه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون أنثى لانه لو وقف

فى صف النساء فان كان ذكرا تفسد صلاته فى صف النساء ولو وقف فى صف الرجال تبطل صلاة من يحاذيه ان كان أنثى فلا يتخلل الرجال ولا النساء وان وقف فى صف النساء فان كان بالغا تفسد صلاته وان كان مراهقا يستحب له ان يعيد والاصل فى أحكامه ان يؤخذ بالاحوط فالاحوط و يعيد الذى عن يمينه و يساره والذى خلفه الصلاة احتياطا الاحتمال انه امرأة و يستحب ان يصلى بقناع لاحتمال انه امرأة ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك ويجلس فى صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها بجلوسه جلوس الرجال والاصل فيه فيما يرجع الى العبادات قال محمد أحب الى ان يصلى بقناع لاحتمال انه امرأة يريد قبل البلوغ وان صلى بغيره فان كان غير بالغ لا يؤمر بالاعادة الا استحسانا تخلقا واعتبارا وفى الهداية صلى بغير قناع امرأة ان يعيد وهو الاستحسان هذا اذا كان الخنثى مراهقا غير بالغ فان كان بالغا فان بلغ بالسن ولم يظهر فيه شئ من علامات الرجال والنساء لا تجزيه الصلاة بغير قناع اذا كان الخنثى حرا وفى السغناقى وفى بعض النسخ وان كان بالغا فصلى بغير قناع امرأة فانه يعيد وهذا بطريق الاحتياط هكذا لفظ المبسوط ولم يتعرض فيه ان طريق الاحتياط فيه على وجه الاستحباب أو على وجه الوجوب والظاهر هو الوجوب قال ويجلس فى صلاته كجلوس المرأة ولو أحرم هذا الخنثى وقد راهق ولم يبلغ ولم يستبن انه امرأة قال أبو يوسف لا علم لى بلباسه وقال محمد ان لبس المخيط كان أحوط لجواز انها أنثى فلا يحل لها كشف العورة قال و يكره ان يلبس الحلى وأراد به ما بعد البلوغ بالسن اذا لم يظهر به علامات يستدل بها على كونه رجلا أو امرأة و يكره لبس الحرير أيضا قال وأكره له ان ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء ومعناه اذا كان قد راهق فان قلت وهل يكره ان يخلو به رجل أجنبى ليس بمحرم منه أو يخلو هو بامرأة أجنبية ليس بمحرم منها قلت نعم اذا خلا بالخنثى رجل محرم منه فلا بأس وكذلك الخنثى اذا خلا بامرأة هو محرم منها ولا يسافر الخنثى بامرأة هى غير محرم منه ولا بأس ان يسافر الخنثى مع محرم من الرجال ثلاثة أيام ولياليها ولا يختنه رجل وامرأة لان الخنثى صبى أو صبية فان كان صبيا يجوز للرجال ان تختنه وان كان مراهقا يشتهى أولا وان كان صبية فلا بأس للنساء ان تختنها اذا كانت غير مراهقة لانها لا تشتهى واذا كانت غير مراهقة وهى تشتهى أولا فان قيل ما الفرق بين الحياة والموت حيث قلتم اذا مات الخنثى يمم بالصعيد ولا يغسله رجل ولا امرأة ولم تقولوا انه يشترى له جارية من ماله أو من مال أبيه أو من مال بيت المال اذا لم يكن لها ثم مال ثم يبيعها الامام بعد ما غسلته و يرد ثمنها الى بيت المال قلنا شراء الجارية بعد موت الخنثى لتغسله لا تفيد اباحة الغسل لانه لا يملكها الخنثى ولا تبقى على ملكه لحاجة الغسل فاما ما دام حيا فهو من أهل الملك لانه رجل أو امرأة فيملك الجارية التى اشتريت له واذا ملك الجارية التى اشتريت له كان شراء الجارية يفيد اباحة الختان قال رحمه الله ﴿وتبتاع له أمة تختنه﴾ يعنى بماله لانه يجوز لمملوكه النظر اليه مطلقا ان كان ذكرا وللضرورة ان كان أنثى و يكره ان يختنه رجل لاحتمال انه ذكر أو امرأة لاحتمال أنه أنثى فكان الاحتياط فيما ذكرنا لانه لا يحرم على تقدير ان يكون ذكرا وعلى تقدير ان يكون أنثى لان نظر الجنس الى الجنس أخف والاصل فى مسائل النكاح لو زوج الاب هذا الخنثى امرأة قبل بلوغه أو زوجا فالنكاح موقوف لا يفسد ولا يبطل ولا يتوارثان حتى يستبين أمر الخنثى لان التوارث حكم النكاح النافذ لا حكم النكاح الموقوف فان زوجه الاب امرأة و بلغ وظهر علامات الرجال ونحوه حكم بجواز النكاح الا انه اذا لم يصل اليها فانه يؤجل سنة كما يؤجل غيره اذا لم يصل الى امرأته ولو ان هذا الخنثى المشكل تزوج خنثى مثله فالنكاح يكون موقوفا الى ان يستبين حالهما فان تبين حالهما فالنكاح جائز وان مات أحدهما أو ماتا قبل ان يزول الاشكال لم يتوارثا وان ماتا وتركا أحد الابوين فاقام كل واحد من ورثتهما البينة انه هو الزوج وان الآخر هو الزوجة لا يقضى بشئ من ذلك ولو ان رجلا قبل هذا الخنثى بشهوة ليس لهذا الرجل ان يتزوج بمحارمه حتى يتبين أمره قال رحمه الله ﴿فان لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع﴾ لان بيت المال أعد لنوائب المسلمين فيدخل فى ملكه لعذر الحاجة وهى حاجة الختان فاذا ختنته تباع و يرد ثمنها الى بيت المال فاذا زوج امرأة فختنته ثم طلقها جاز لانه ان كان ذكرا صح النكاح وان كان أنثى فنظر الجنس أخف ثم يفرق بينهما لاحتمال انه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة ثم تعتد ان خلا بها احتياطا ولو حلف بعتق أو طلاق بان قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت طالق أو فعبدى حر فولدت خنثى لم يقع شئ حتى يستبين لان الخنثى لم يثبت بالشك ولو قال كل عبد لى حر أو قال كل أمة لى حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه لا يخلو عن أحدهما وان قال الخنثى أنا رجل وامرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى بلا دليل

وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة ان قال الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لان الانسان أمين في حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ماقال كما اذا قالت المعتدة انقضت عدتي وأنكر الزوج كان القول قولها مالم يعرف خلاف قولها بان قالت في مدة لاتنقضي في مثلها العدة والاولى ماذكره في النهاية ولا يحضر الخنثى غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر أو أنثى ويستحب أن يسجى قبره لانه ان كان أنثى أقيم واجب وان كان ذكرا لا يضره التسجية واذا أراد أن يصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى ويؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد للعذر جعل خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليكون في حكم القبرين وكذا الرجلان اذا دفنا في قبر واحد وان دفن مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه أنثى ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال انه أنثى ولم يتعرض المؤلف لما يتعلق بالخنثى من الحدود والقصاص ولا لما يتعلق به من الايمان ولا لما يتعلق به من الدعوى والبينة ولا لبيان الاختلاف الواقع فيه ولا لبيان شهادته قال في الاصل ولوان رجلا قذف الخنثى المشكل قبل البلوغ أوقذف الخنثى رجلا فلا حد على القاذف أما اذا كان القاذف هو الخنثى فلانه صبي أو صبية فأما اذا كان القاذف رجلا آخر فلانه غير محصن لان البلوغ من أحد شرائط احصان القذف كالاسلام وان قذف الخنثى بعد بلوغه بالسن فان ظهر له علامة يستدل بها على كونه ذكرا أو أنثى حد حد الرجال أو النساء ولو قذف الخنثى رجلا بعد ظهور علامة الرجال أو قذفه رجل فهما سواء فيجب الحد وان لم يظهر له علامة فلا حد على قاذفه وهذا لان الخنثى وان صار محصنا بالبلوغ الا أنه لم يظهر عليه علامة الانوثة أو الذكورة يجوز أن يكون هذا رجلا وان يكون امرأة فان كان امرأة فهو بمنزلة الرتقاء لانها لا تجامع كالرتقاء ومن قذف رجلا مجبوبا أو امرأة رتقاء لا حد عليه وان كان الخنثى هو القاذف يحد لانه مجبوب بالغ أو رتقاء بالغة والمجبوب البالغ والرتقاء البالغة اذا قذف انما يجب عليه الحد وان سرق بعد ماأدرك يجب عليه الحد وان سرق منه مايساوي عشرة يقطع السارق رجل أو امرأة ولو قطع يد هذا الخنثى قبل ان يبلغ أو يستبين أمره فلا قصاص على قاطعه سواء كان القاطع رجلا أو امرأة وعلى هذا الخلاف اذا قتل الخنثى رجلا أو امرأة عمدا كان عليه القصاص وان قطع هذا الخنثى يد رجل أو امرأة فعلى عاقلته أرش ذلك وبعد البلوغ اذا قطع يد انسان قبل ان يستبين أمره عمدا فانه يجب عليه الارش في ماله وان شهد مغنما يرضخ له ولا يسهم وان ارتد عن الاسلام قبل ان يدرك أو بعد ماأدرك لا يقتل عندهم جميعا أما قبل فانه صبي أو صبية وردة الصبي والصبية لا تصح عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد انه وان كان يصح ردة الصبي العاقل والصبية العاقلة الا أنه لا يقتل على الردة عندهما وبعد البلوغ تصح ردته بالاجماع الا أنه لا يخلو اما ان يكون رجلا أو امرأة فان كان رجلا حل قتله ولا يحل ان كان امرأة فلا يحل بالشك وان كان من أهل الذمة لا يوضع عليه خراج رأسه حتى يدرك ويستبين أمره ولا يدخل في القسامة ولو كان الخنثى أبوه حيا فقال هو غلام ولا يعرف ذلك الا بقوله كان القول قوله وكذلك لو قال هي جارية فالقول قوله اذا لم يكن مشكل الحال لان الوصي قائم مقام الاب وان كان مشكل الحال لم يصدق وان قتل الخنثى خطأ قبل ان يستبين أمره قال القول في ذلك قول القاتل انه ذكر أو أنثى ان كانت الدية تجب على القاتل ان لم يكن له عاقلة وان كان له عاقلة فالقول قول العاقلة وان قالوا لاندري فالقول قولهم ووجب عليهم دية وان قالوا انه أنثى وورثة الخنثى ادعوا أنه ذكر فالقول قول العاقلة لانهم يدعون على القاتل والعاقلة زيادة خمسة آلاف درهم والقاتل والعاقلة ينكرون ذلك فيقضى عليهم بدية المرأة ويتوقف العقل الى ان يستبين أمره انه ذكر أو أنثى رجل مات وترك ذكرا وخنثى وزوجة فمات الخنثى بعد موت أبيه فادعت أم الخنثى انه ذكر وانه كان ورث من أبيه نصف المال بعد الثمن لانه مات وترك ابنين وامرأة ثم مات الخنثى فورثت ثلث ذلك النصف لان الخنثى مات وترك أما وأخا فترث الام ثلث ذلك النصف وقال ابن الميت وهو أخ الخنثى لابل كانت الخنثى جارية وورثت الثلث من الميت بعد الثمن ثم ماتت فورثت أنت ثلث ذلك فالقول قول أخي الخنثى الا أن الاخ يستحلف على العلم بالله ماتعلم انه كان ذكرا واذا أقامت الام البينة انه كان يبول من مبال الرجال ولا يبول من مبال النساء فانه يرث من أبيه ميراث النصف بعد الثمن ثم ترث الام ثلث ذلك النصف من الخنثى وان أقام أخ الخنثى البينة انه يبول من مبال النساء ولا يبول من مبال الرجال وانها ورثت الثلث من الاب بعد الثمن فلام الخنثى ذلك الثلث وان أقام رجل البينة ان أبا الخنثى كان زوجها منه على ألف درهم وطلب ميراثها وصدقه الابن أو كذبه ولم تقم الام البينة ان أب الخنثى على ماادعت فانه يقبل قول

الزوج ويجعل عليه المهر وورث من الخنثى ميراث الزوج وورث أم الخنثى وأخ الخنثى من الصداق الذى يبقى على الزوج وماترك الخنثى وان أقام الاخ بينة على ماادعت أنه كان يبول من مبال الرجال ولا يبول من مبال النساء وأقام الزوج البينة انها كانت أنثى وتبول من مبال النساء ولا تبول من مبال الرجال كانت بينة الاخ أولى بالرد ولوأن هـذا الخنثى المشكل الذى مات صغيرا وترك مالا أقامت امرأة بينة ان أباه زوجها اياه فى حياته ومهرها ألف درهم وانه كان غلاما يبول من حيث يبول الغلام ولم يكن يبول من حيث يبول النساء وكذبها الاخ ابن الميت قال اصدق المرأة واجعله غلاما واجعل صداقها فى ميراثه من ميراث الغلام فان أقام الاخ ابن الميت البينة بانه كان جارية يبول من حيث تبول الجارية قال لا أقبل بينتهما على ذلك فاقضى ببينة المرأة وهـذا اذا جاآ معا فاما اذا أقام الزوج البينة أولا وقضى القاضى بذلك ثم أقامت المرأة البينة فانه لا يقبل منها الترجيح الاولى بالقضاء فان وقت أحد من البينتين وقتا قبل الاخرى فانه يقضى باسبقهما تاريخا وان لم يوقت ذكرانهما يبطلان وهذا اذا كانت المرأة تدعى الصداق ومتى لم تدع فانها تتهاتر البينتان وان كان هذا الصبى حيا لم يمت والمسئلة بحالها قال هذا كله باطل ولا أقضى بشئ منه بلا توقف فى ذلك حتى يستبين حاله متى أدرك وليس حالة الحياة عندى بمنزلة ما بعد الموت ولوأن هذا الخنثى حين مات بعد أبيه وهو مراهق أقام رجل البينة ان أباه زوجه اياها على هذا الوقف بألف وأمره بدفعه اليـه وانه كان يبول من حيث تبول النساء وكذبه الورثة فهذا على وجهين اما ان جاءت البينات معا أوجاءت احداهما قبل صاحبتها فان جاءتا معا فلا يخلو اما أن لم يوقتا أو وقتا ووقتهما على السواء أو كان وقت أحدهما أسبق فان لم يوقتا أو وقتا ووقتهما على السواء تهاترت البينات جميعا وهذا بخلاف ما لو لم يدع الزوج نصف الطلاق ٧ بالطلاق قبل الدخول وانما ادعى النكاح على الخنثى لا غير وباقى المسئلة بحالها ذكر أن البينة المثبتة انها امرأة أولى وان وقتا وقتا ووقت أحدهما أسبق فالسابق أولى فان جاءت احداهما قبل الاخرى ان جاءت الاخرى قبل القضاء بالاولى فالجواب فيه كالجواب فيما لو جاءتا معا فاما اذا قضى القاضى بالاولى ثم جاءت الاخرى لا تقبل الاخرى بخلاف ما لو جاءتا معا ولم يؤرخا أو أرخا فتاريخهما على السواء فانه لا يقضى بواحدة منهما ولوأن هـذا الخنثى المشكل مات قبل أن يظهر أمره فاقام رجـل البينة ان أباه زوجها اياه بألف درهم برضاها وانها ولدت منه هذا الولد قال أجزت بينته واجعلها امرأته واجعل الولد ابنها وان لم يقم هذا الرجل البينة ان أباها زوجها اياه برضا منه وانه دخل بها وانها ولدت منه هذا الولد فانه يقضى بكون الخنثى رجلا وألزمه الولد فان اجتمعت الدعوتان جميعا وجاءت البينات معا ولم يوقتا أو وقتا على السواء فانها تتهاتر البينات جميعا وجاءت البينات معا ٧ فان قامت احدى هاتين البينتين وقضى القاضى بشهادتهما ثم جاءت البينة الاخرى بعد ذلك قال لا أقبل البينة الثانية وان كان هذا الخنثى المشكل من أهـل الكتاب فادعى رجل مسلم ان أباه زوجـه اياها على مهر مسمى برضاها وأقام بينة من أهل الكتاب قال اقضى ببينة المسلم واجعلها امرأته وابطل بينة المرأة وكذلك لو كان الرجل من أهل الكتاب وبينته من أهل الاسلام فيقضى للرجل دون المرأة وهذا بخلاف ما لو وقع الدعوى فى المال فادعى المسلم مالا فى يد ذمى وأقام على ذلك شاهدين كتابيين فانه يقضى بالمال بينهما ولا ترجح احدى الشهادتين بالاسلام ولو مات أبو الخنثى ثم مات هـذا الخنثى فادعت أمه ميراث غلام وأقر الوصى بذلك وجحد بقية الورثة وقالوا هى جارية قال اذا جاءت الدعوى فى الاموال لم يصدق وعلى الام على ما ادعى وان كان هذا الخنثى حيا لم يمت فقال أنا غلام وطلب ميراث غلام من أبيه وصدقه الوصى فى ذلك وأنكر بقية الورثة ذلك وقالوا هى جارية قال لا أعطيه ميراث غلام ولا أصدقه على ذلك الا ببينة وان كان وصيه أخوه زوجه امرأة ثم مات الخنثى وطلبت المرأة ميراثها وقال الوصى هو غلام وقد جاز النكاح وورثت المرأة منه وقال بقية الورثة هى جارية لا يلزم الورثة الذين أنكروا ميراث الغلام فى حقهم ويلزم الوصى المقر ميراث غـلام فى نصيبه وترث المرأة من الخنثى ميراث الخنثى من المقر وان كان له أخ لابيه وأمه فاقر أنه جارية وزوجها رجلا ثم مات الخنثى وقد راهق قبل أن يعلم انها امرأة وزوجها ٧ ثم مات الخنثى قبل أن يعرف حاله فان النكاح جائز على الاخ الاول وهو الوصى ولا يجوز على من أنكر من بقية الورثة والنكاح الثانى الذى أقر به الاخ الثانى الذى ليس بوصى باطل فى حقه ولا يجوز فى حق بقيـة الورثة قال وان لم يعرف أى النكاحين أول قال ابطل هـذا كله ولا أورث شيأ منهما وان عرفت الذى أقر انها امرأة وزوجها رجلا انها أول قال ألزمه ميراث الاخ فى نصيبه ولا ألزم غـيره وأبطل النكاح خنثى مشكل مراهق وخنثى مثله مشكل تزوج أحدهما صاحبه على ان أحدهما رجل والآخر امرأة اذا ماتا وأقام كل واحد من ورثتهما بينة انه هو الزوج وان الآخر هو الزوجـة قال لا أقضى بشئ من ذلك وان

جاءت احدى البينتين قبل الاخرى وقضى بها ثم جاءت البينة الثانية قال ابطل البينة الاخرى وقضاء الاول ماض على حاله بشهادة للخنثى حتى يدرك و بعد ما أدرك اذا لم يستبن أمره يوقف أمره فى حق الشهادة حتى يتبين انه رجل أو امرأة أوصى هذا الخنثى المشكل يعطى له خمسمائة درهم وتوقف الخمسمائة الاخرى الى أن يتبين حاله أو يموت قبل التبين فان تبين أنه ذكر دفعت الزيادة اليه وان تبين انه جارية دفعت الى ورثة الموصى وهذا قول علمائنا قال الشيخ رحمه الله يعطى له نصف وصية الغلام خمسمائة ونصف وصية الجارية مائتان وخمسون فيعطى له سبعمائة وخمسون و يوقف مائتان وخمسون الى أن يتبين حاله فان تبين انه ذكر يعطى مائتين وخمسين وان تبين انه أنثى يؤخذ منه مائتان وخمسون قال رحمه الله ﴿وله أقل النصيبين﴾ يعنى لومات أبوه كان له الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه أنثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على أحد التقديرين فلا شئ له مثاله اخوان لاب وأم أحدهما خنثى مشكل كان المال بينهما أثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر أنثى لانه أقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأم هى خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث من النصف الباقى وللخنثى ما بقى وهو السدس على انه عصبة ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية ولو تركت زوجا وأما وأخوين من أم وأخا لاب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولا شئ للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شئ ولو قدر أنثى كان له النصف فعالت المسئلة الى تسعة ولو ترك الرجل ولد أخ هو الخنثى وعما لاب وأم أو لاب كان المال للعم و يقدر الخنثى أنثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم وقال الشعبى للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وعن ابن عباس مثله لانه مجهول والتوزيع على أحوال عند الجهل طريق معهودة فى الشرع كما فى العتق المبهم والطلاق المبهم اذا تعذر البيان فيه بموت الموقع قبل البيان ولنا أن الحاجة الى اثبات الملك ابتداء فلا يثبت مع الشك فصار كما اذا كان الشك فى وجوب المال بسبب آخر غير الميراث بخلاف المستشهد به لان سبب الاستحقاق متيقن به وهو الانشاء السابق ومحلية كل واحد من العبدين والمعتقين بحكم ذلك السبب ثابت لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح أحدهما على الآخر بالشك قال رحمه الله ﴿فلو مات أبوه وترك ابنا له سهمان وللخنثى سهم﴾ لانه الاقل وهو متيقن فيستحقه وعلى قول الشعبى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى واختلف أبو يوسف ومحمد فى تخريج قول الشعبى فقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة أسهم أربعة للذكر وثلاثة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده كان كل المال له والخنثى ان كان ذكرا كان له كل المال واذا كان أنثى كان له نصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة أرباع وليس للمال ثلاثة أرباع وأربعة أرباع فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه اعتبارا بطريق العول والمضاربة وقال محمد رحمه الله المال بينهما على اثنى عشر سهما سبعة للابن أيضا وخمسة للخنثى و يعتبر هو نصيب كل واحد منهما فى حالة الاجتماع فيقول لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان أنثى كان أثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب احداهما فى الاخرى تبلغ ستة للخنثى على تقدير انه أنثى سهمان وعلى تقدير انه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فيضرب الستة فى اثنين تبلغ اثنى عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير انه ذكر وله أربعة على تقدير انه أنثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان ألا ترى ان الابن يأخذ فى هذه المسئلة سبعة لان نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير انه أنثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة ولو كان معهما بنت فعند أبى يوسف تكون المسئلة من تسعة لان نصيب البنت النصف حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة أرباع حال انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما تبلغ تسعة وعند محمد له خمس وثمن لان على تقدير انه ذكر كان له خمسان فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير انه أنثى كل له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فتضرب احداهما فى الاخرى تبلغ أربعين ومنها تصح المسئلة للخنثى خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما والبنت على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى تقدير انه أنثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر والابن خمسان على تقدير ذكورته ونصف على تقدير أنوثته فله نصف النصيبين

ثمانية عشر وعلى هذا تخرج المسائل ولو كانوا أكثر من ذلك على المذهبين والله أعلم

﴿مسائل شتى﴾ قد كانت عادة المصنفين انهم يذكرون آخر الكتاب مالم يذكر في الابواب السابقة من المسائل استدراكا للفائت ويترجمون لتلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل منثورة فعمل المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم وفي بعض النسخ مسائل شتى أي متفرقة وهو جمع شتيت وهو المتفرق فان قلت جاء في القوم شتى يكون نصبا على الحال أي متفرقين قال رحمه الله ﴿ايماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود﴾ وقال الشافعي لا فرق بين معتقل اللسان والاخرس ولنا أن الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت اشارته معهودة صار بمنزلة الاخرس وقدر مدة الامتداد في المحيط بشهر وفي جامع الفصولين بستة أشهر وقدر التمرتاشي الامتداد بسنة وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة فقال اذا دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قال وعليه الفتوى وأطلق في الاخرس فشمل الاصلي والعارض والمراد الاصلي أما الوصية لان التقصير جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه لا تفريط من جهته ولان العارض على شرف الزوال دون الاصل فلا يقاس أحدهما على الآخر واذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتقه وبيعه وشراؤه الى غير ذلك من الاحكام لان الاشارة تكون بيانا من القادر على النطق فالعاجز أولى ولانه صلى الله عليه وسلم بين الشهر بالاشارة حيث قال الشهر هكذا وأشار بأصابعه قالوا والكتاب ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن ذكر أقول فيه شئ وهو ان هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل على خلافه فان كتابة الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليس بحجة في الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود اذ لا فرق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضا اذا كانت مستبينة مرسومة وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورة فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيها فليتأمل في المخلص والدليل على أن الدلالة كالبيان هو انه صلى الله عليه وسلم بلغ الرسالة بالكتاب كالخطاب فاذا كان خطابا في حق القادر ففي حق الاخرس أولى لان عجزه ظاهر والزم عادة لان الغائب يقدر على الحضور بل يقدر ظاهرا والاخرس لا يقدر على نطق والظاهر بقاؤه على الدوام ثم الكتاب على ثلاثة مراتب مستبين ومرسوم وهو أن يكون معنونا أي مصدرا بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان بن فلان على ما جرت به العادة في سير الكتب فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الاشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم فان هذا يكون لغوا لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة الا بانضمام شئ آخر اليه كالبينة والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد تكون تجربة وقد تكون للتحقيق وبهذه الاشارة تتبين الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول أظهر وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شئ من الاحكام وان نوى وقول المؤلف وقود وعلل في الهداية بان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعوضات التي هي حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة أقول فيه بحث أما الاول فلان ما ذكر ههنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر في عدة مواضع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لان شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال في باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة حيث قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تدرأ بالشبهات وكذا في كتاب الدعوى ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثرا في سقوط القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى

على الناظر فى تمام ذلك الكتاب وأما ثانيا فلان قيد الخالصة فى قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد مقدم كما صرحوا به على انه زاجر لا يثبت بالشبهة ولا تكون اشارة الاخرس حجة فيه أيضا كما صرحوا به لانه لا يثبت بالشبهة فيما مر آنفا فلا يتم التفريق بالنظر اليه وقول المؤلف الاشارة والكتابة كالبيان دلت هذه المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه جمع بينهما فقال أشار وكتب قال صاحب العناية ولنا فى دعوى الجمع بينهما نظر لانه قال فى الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب أو يومئ وكلمة أو لاحد الشيئين لا للجمع على انا نقول قال فى الاصل وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف فى نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز ويعلم من اشارة رواية الاصل أن الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط أن لا يكتب فافهم الى هنا قال رحمه الله ﴿لا فى حد﴾ يعنى اشارته لا تكون كالبيان فى الحدود لانها تندرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى فلا حاجة الى اثباتها ولعله كان مصدقا للقاذف ان قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وان كان هو القاذف فقد فليس بصريح والحد لا يجب الا بالقذف بصريح الزنا وفى القصاص اعتبر طلبه لانه حق العبد وهذا لان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى ان الشهود لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر هو بالوطء الحرام لا يجب عليه الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب عليه القصاص وان لم يقر بالتعمد وهذا لان القصاص فيه معنى المعاوضة لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد أما الحدود الخالصة حق الله تعالى جعلت زاجرة ليس فيها معنى البدلية أصلا فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر فى كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب فى الاخرس كذلك فيكون فى الغائب والاخرس روايتان ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لان الغائب يمكنه الوصول فى الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك الاخرس لتعذر وجود النطق فى حقه للآفة التى به فدلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ماذكر بعض أصحابنا من أن الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة قلنا كل واحد منهما حجة ضرورية ففى الكتابة زيادة بيان لم توجد فى الاشارة لان قصد البيان فى الكتابة معلوم حسا وعيانا وفى الاشارة زيادة أثر لم توجد فى الكتابة لان الاصل فى البيان هو الكلام لانه وضع له والاشارة أقرب اليه لان العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالتكلم وهو اشارته بيده أو برأسه صارت أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا ولا يقدم على الآخر بل يخير ولهذا ذكره بكلمة أو التى للتخيير وقالوا فيمن صمت يوما أو يومين الحكم كالمعتقل اللسان قال رحمه الله ﴿غنم مذبوحة وميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى وأكل والالا﴾ وقال الشافعى لا يجوز الأكل فى حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة فى البدن أو الثوب بخلاف ما اذا كانت الميتة أكثر أو استويا لانه لا ضرورة اليه فيمكن الاحتراز فلا تؤكل قال فى العناية أخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلى فى الذى يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز هناك التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفى المذكية والميتة لم يجوز وأجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلى فى بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر على الصلاة بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده ان الرجل اذا لم يكن معه الاثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصلى فيه ولا يصلى عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته وهو نجس بيقين فلأن يجوز بالتحرى حالة الاشتباه أولى اه أقول الجواب عندى والسؤال فيهما نظر أما الاول فلان تجويز التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو فى حالة الاختيار كما صرحوا به فى شرح الجامع الصغير وصرح به صاحب الهداية بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار وأما فى حالة الضرورة فيباح له التناول فى جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين رأسا لظهور اختلاف حكم الحالين الاختيار والاضطرار قطعا وأما الثانى فلان ماذكر فيه لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة فى بعض الثياب عند كون كلها نجسة فعدم لزوم اعادة الصلاة اذ ذاك اذ هو فى حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة

فيها

فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو فى حالة الاختيار كما تحققته فمن أين يثبت حكم كون الثياب أخف من حكم غيرها ما طلقا حتى يصلح ان يجعل مدار الفرق بين تلك المسئلتين قال رحمه الله ﴿لف ثوب نجس رطب فى ثوب طاهر يابس فظهر رطوبته على الثوب ولكن لا يسيل اذا عصر لا يتنجس﴾ وذكر المرغينانى انه ان كان اليابس هو الطاهر يتنجس لانه يأخذ قليلا من النجس الرطب وان كان اليابس هو النجس والطاهر هو الرطب لا يتنجس لان اليابس هو النجس يأخذ من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيأ ويحمل على أن مراده فيما اذا كان الرطب ينفصل منه شئ وفى لفظه اشارة اليه حيث نص على أخذ البلة وعلى هذا اذا نشر الثوب المبلول على محل نجس هو يابس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى وقال قاضيخان فى فتاواه اذا نام الرجل على فراش فاصابه منى ويبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه ان لم يظهر أثر البلل فى بدنه لا يتنجس بدنه وان كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم أصاب تلك الفراش جسده فظهر اثره فى جسده يتنجس بدنه وكذا الرجل اذا غسل رجله ومشى على أرض نجسة بغير مكعب فابتل الارض من بلل رجله واسود وجه الارض لكن لم يظهر أثر تلك الارض فى رجله وصلى جازت صلاته وان كان بلل الماء فى الرجل كثيرا حتى ابتل وجه الارض وصار طينا ثم أطاب الطين رجله لا تجوز صلاته ولو مشى على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تنجس قال رحمه الله ﴿رأس شاة متلطخ بدم أحرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل﴾ لان النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شئ أو تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة ولهذا لو حرقت العذرة وصارت رمادا طهرت بالاستحالة كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع فى المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا ينجس الخبز وكذلك آلة الخباز تطهر بالنار قال رحمه الله ﴿سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وان جعل العشر لا﴾ وهذا عند أبى يوسف وقال أبو حنيفة ومحمد لا يجوز فيهما لانهما فى جماعة المسلمين ولابى يوسف ان صاحب الخراج له حق فى الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه وعلى قول أبى يوسف الفتوى قال رحمه الله ﴿ولو دفع الاراضى المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز﴾ معناه ان أصحاب الاراضى اذا عجزوا عن زراعة الارض واداء الخراج دفع الامام الاراضى الى غيرهم بالاجرة أى يؤاجر الاراضى للقادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من أجرتها فان فضل شئ من أجرتها يدفع الى أربابها وهم الملاك لانه لا وجه لازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم يجد من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة لانه اذا لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج أصلا ولو باع يفوت حق المالك فى العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير عوض واذا باعها يأخذ الخراج الماضى من الثمن اذا كان عليهم خراج ورد الفضل الى أصحابها ثم قيل هذا قول أبى يوسف ومحمد لان عندهما القاضى يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة وعند أبى حنيفة لا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر صاحبها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق لابى حنيفة بين هذا وبين غيره من الديون ان فى هذا ضررا خاصا ونفعا عاما والنفع العام مقدم على الضرر الخاص ولان الخراج متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له فى التجارة ودين الميت فى التركة فان القاضى يملك البيع فيهما التعلق الحق بالرقبة فكذا هذا وذكر فى النوادر عن أبى حنيفة أن أهل الخراج اذا هربوا ان شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين وان شاء دفع الى قوم وأطعمهم على شئ اذ كان ما يأخذه للمسلمين لان فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها فاذا عمرها من بيت المال يكون قدر ما ينفق فى عمارتها قرضا لان الامام مأمور بتهيئة بيت المال باى وجه يتهيأ له قال رحمه الله ﴿ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح وان لم ينو أول صلاة عليه أو آخر صلاة عليه﴾ معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم أو أكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عنه ولم يعين أنه عن يوم كذا جاز فكذا الصوم ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد ولو نوى عن رمضانين أيضا يجوز وكذا قضاء الصلاة يجوز وان لم يعين الصلاة ويومها ولم ينو أول صلاة عليه وهذا قول بعض المشايخ والاصح أنه يجوز فى رمضان واحد ولا يجوز فى رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا على ما بينا وكذا فى قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها بان عين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة عليه تعينت بتعيينه وكذا الوقت يعين لكونه أولا وآخرا فان نوى أول صلاة عليه وصلى عما يليه يصير أولا أيضا فيدخل فى نيته أول ظهر عليه ثانيا وكذلك ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا

مخاص من لم يعرف الاوقات التى فاتته أواشتبهت عليه أوأراد التسهيل على نفسه والاصل فيه ان الفروض متزاحمة فلابد من تعيين مايريد أداءه حتى تبرأ ذمته منه لان فرضا من الفروض لايتأدى بنية فرض آخر فكذا هذا ووجب التعيين والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهذا يكون التعيين فى الجنس الواحد لغوا لعدم الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يكون نيته لغوا ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين والعصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه والدلوك فى يوم غير الدلوك فى يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر أو كان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام ناويا عن قضاء يومين أو أكثر جاز بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب وصار كما اذا نوى ظهرين أو ظهرا عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا أداء الكفارة لا يحتاج الى التعيين فى جنس واحد ولو عين لغا وفى الاجناس لابد منه وقد ذكرنا تفاصيلها فى كفارة الظهار وذكر فى المحيط فى كتاب الكفارات نية التعيين فى الصلاة لم تشترط باعتبار ان الواجب مختلف متعدد بل باعتبار ان مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب الا بنية التعين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت يكفيه نية الظهر لاغير وهذا مشكل وماذكره أصحابنا مثل قاضيخان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى ولان الامر كما كان قاله لجوازه مع وجود الترتيب أيضا لامكان صرفه الى الاول اذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد قال رحمه الله ﴿ولو ابتلع ريق غيره كفر لو صديقه والالا﴾ أى لو ابتلع الصائم ريق غيره فان كان بزاق صديقه يجب عليه الكفارة وان لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لان الريق تعافه النفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه النفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز ونحو ذلك مما تشتهيه الانفس قال رحمه الله ﴿وقتل بعض الحاج عذر فى ترك الحج﴾ لان أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط للاداء على ما ينافى المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض الحجاج فى الطريق للحج فكان معذورا فى ترك الحج لا يأثم بذلك وقد ذكرناها مستوفاة فى المناسك وذكرنا الخلاف فلا نعيدها ولك ان تقول القول المختار فيما اذا كان بينك وبين مكة بحر ان كان الغالب فيه السلامة يجب الحج والا لا فينبغى أن يعرف هنا ويقال ان كان الغالب فى الطريق الأمن يجب والالا قال رحمه الله ﴿توزن من شدى﴾ يعنى أنت صرت زوجة لى ﴿فقالت المرأة شدم﴾ يعنى صرت ﴿لم ينعقد النكاح﴾ لان هذا لا يدل على الايجاب والقبول فقوله تو بضم التاء المثناة فوق وسكون الواو ومعناه أنت وقوله زن بفتح الزاى المعجمة وبالنون هو اسم للمرأة وقوله من بفتح الميم والنون ومعناه انا وقوله شدم بضم الشين المعجمة وفتح الدال المهملة فى آخره ميم آخر الحروف ساكنة معناه صرت وهذه اللفظة تتصرف كاللفظ العربى فمصدره شدن والماضى شد والمضارع شود واذا أريد الاخبار عن الجمع يقال شديم بكسر الدال وزيادة الياء آخر الحروف بعد الدال قبل ميم المتكلم قال رحمه الله (ولو قال رجل لامرأة خويشتن رازن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لى زوجة (فقالت) المرأة فى جوابه (كردانيدم) يعنى جعلت (وقال) الرجل (بزيرفتم) يعنى قبلت (ينعقد) النكاح متمم لاشتماله على الايجاب والقبول قوله خويشتن يؤدى معنى نفسك وهو بكسر الخاء المعجمة يكتب بالواو بعدها من غير أن يتلفظ بها وكذلك الياء بعد الواو وشين معجمة ساكنة بعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفى آخره نون وقوله را بفتح الراء بعدها ألف ساكنة تؤدى معنى التخصيص للاشارة بها وهى مفعول وقوله من يعنى أنا وقوله كردانيدى بالكاف الصماء المفتوحة والراء الساكنة والدال المفتوحة والنون المكسورة بعدها ألف وبعدها ياء ساكنة ودال مهملة مكسورة وفى آخره ياء أخرى ساكنة وهذه للخطاب تؤدى معنى الجعل والتصيير وقوله كردانيدم كذلك الا انه للمتكلم وحده وكذلك للمخاطبة اذا زيد ياء بعد الدال مثل كردانيدى واذا أريد جمع المخاطب يزاد بعد الدال ياء المخاطب مثل كردانيديد واذا أريد المتكلم مع الغير يزاد فيه ياء بعد الدال وقبل الميم ويقال كردانيديم وقوله بزيرفتم بفتح الباء الصماء يكون مخرجه قريبا من مخرج الفاء وبكسر الزاى المعجمة بعدها ياء ساكنة وبعدها راء مفتوحة وبعدها فاء ساكنة وبعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفى آخره ميم ساكنة قال رحمه الله ﴿ولو قال رجل لآخر دوختر خويشتن را بپسر من ارزانى داشتى﴾ معناه هل جعلت ابنتك لائقة لابنى

فقال

فقال أبو البنت فى جوابه داشتم يعنى جعلت لا ينعقد النكاح لانه ليس بمشتمل على الايجاب والقبول ولا يلزم من جعل ابنته لائقة لابنه حصول العقد بينهما قوله دختر بضم الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة وفتح التاء المثناة فوق وفى آخره راء معناه البنت وقوله بپسر لفظان مركبان الاول لفظ باء الموحدة يؤدى معنى لام الاختصاص والثانى لفظ پسر بضم الباء الفارسية وفتح السين المهملة وفى آخره راء معناه الابن قوله أرزانى بفتح الهمزة وسكون الراء و بفتح الزاى وكسر النون بعد الالف الساكنة وفى آخره ياء آخر الحروف ساكنة ومعناه ههنا معنى اللائق وقوله داشتى بفتح الدال المهملة وسكون الالف وسكون الشين المعجمة والتقاء الساكنين فى لغتهم شائع وكسر التاء المثناة من فوق وفى آخره ياء آخر الحروف ساكنة وقوله داشتم بزيادة التاء آخر الحروف قبل الميم وهذه قاعدة مطردة عندهم قال رحمه الله ﴿منعها﴾ كلام اضافى مبتدأ أى منع المرأة زوجها ﴿عن الدخول عليها و﴾ الحال انه ﴿هو﴾ أى الزوج ﴿يسكن معها فى بيتها نشوز﴾ لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها مادامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها فى منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى فى منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا تكون ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس من قبله و بخلاف ما اذا كانت ساكنة معه فى منزله ولم تمكنه من الوطء لانه يمكنه الوطء كرها غالبا فلا يعد منعا قال رحمه الله ﴿ولو سكن فى بيت الغصب فامتنعت لا تكون ناشزة﴾ لانها محقة لان السكنى فيه حرام قال رحمه الله ﴿قالت لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك﴾ لانه لابد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك قال رحمه الله ﴿قالت الزوجة لزوجها مرا طلاق ده﴾ يعنى اعطنى طلاقا ﴿فقال الزوج داده گيرا وكرده گيرا وداده باد وكرده باد ينوى يقع﴾ معناه الاعتبار للنية وعدمها فان نوى بهذه الالفاظ الطلاق وقع فان لم ينو لا يقع لانه من الكنايات عندهم فلا بد من النية قوله داده بفتح الدال بعدها ألف ساكنة ومعناه الاعطاء وقوله گير بكسر الكاف الصماء وسكون الياء آخر الحروف وفى آخره راء معناه الاصل امسك ولكن معناه هنا افرضى وقدرى يعنى قدرى الطلاق قد أعطى قوله كرده بفتح الكاف وسكون الراء وفتح الدال وسكون الهاء وهو اسم مفعول من كردانى الذى هو المصدر ومعناه الفعل والعمل قوله باز بفتح الباء وسكون الالف والزاى المعجمة معناه فليمكن قال رحمه الله ﴿ولو قال الزوج داده است وكرده است يقع﴾ الطلاق ﴿نوى﴾ الوقوع ﴿أو لا﴾ أى وان لم ينو قال رحمه الله ﴿ولو قال الزوج داده أنكار وكرده انكار لا يقع﴾ الطلاق ﴿وان نوى الوقوع﴾ والفرق بينهما ان فى الاولى اخبارا عن وقوع فيقع الطلاق وفى الثانى ليس باخبار لان معنى قوله داده انكار افرضى انه وقع أو احسبى فلا يقع به شئ وانكار بفتح الهمزة وسكون النون وفتح الكاف الصماء وفى آخره راء مهملة ومعناه افرضى وقدرى قوله ﴿وى مرا نشايد تا قيامت أو همه عمر لا يقع﴾ طلاق ﴿الا بنية﴾ لانه من الكنايات قوله وى بفتح الواو وسكون الياء آخر الحروف بمعنى هى التى هو ضمير الغائب وقوله مرا بفتح الميم والراء مقصورة ومعناه لاخلى وقوله نشايد بفتح النون والشين المعجمة وياء ساكنة بعد ياء مفتوحة آخر الحروف ودال مهملة ومعناه لا يليق قوله أو همه بفتح الهاء والميم وسكون الهاء ومعناه الجميع والمعنى يعنى لا يليق فى جميع عمرى أو مدة عمرى أو الى يوم القيامة قوله تا بفتح التاء المثناة من فوق مقصورة ومعناه الى يوم القيامة والحاصل فى معنى هذا التركيب لا يليق بى الى يوم القيامة قال رحمه الله ﴿ولو قال الزوج حيلة زنان كن اقرار بالثلاث﴾ أى لوقوع الطلاق الثلاث لان معنى كلامه افعلى حيلة النساء مقصودهم بهذا احفظى عدتك أو عدى أيام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لا تشتغل بامور العدة الا بعد وقوع الثلاث قال رحمه الله ﴿ولو قال حيله خويش كن لا﴾ يعنى ليس باقرار بالثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم بخلاف الصورة الاولى قوله خويش بكسر الخاء المعجمة والواو لا يتلفظ بها عندهم و بعدها ياء آخر الحروف ساكنة وشين معجمة ومعناه أنت هنا لانه يجىء بمعنى آخر فى غير هذا الموضع قال رحمه الله ﴿ولو قالت المرأة كابين من ترا بخشيدم﴾ معناه وهبت لك المهر ﴿مرا ازجنك بادزار﴾ معناه خلصنى من نزاعك فاحكم على بالمهر ﴿ان طلقها سقط المهر والالا﴾ أى وان لم يطلقها لا يسقط لانه أجابها الى سؤالها وهو الطلاق حتى يسقط المهر وقوله ترى بضم التاء المثناة من فوق و بالراء المقصورة معناه لك وقوله بخشيدم بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف و بفتح الدال

المهملة وفى آخره ميم ساكنة ومعناه وهبت ومصدر وهبت بخشيدن قال رحمه الله ﴿ولو قال المولى لعبده يامالكى أو قال لامته أنا عبدك لايعتق﴾ لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية له بخلاف قوله يامولاى لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق ﴿ولو قال شخص برمن سوكندا ست كه﴾ يعنى على اليمين قال رحمه الله ﴿ولو قال اين كار﴾ يعنى هذا الفعل ﴿نكنم﴾ يعنى لا أفعل ﴿فهذا اقرار باليمين بالله تعالى﴾ لانه أخبر عن يمينه على ترك هذا الفعل فيكون اقرارا باليمين متى فعل يحنث فى يمينه وتلزمه الكفارة قوله بر بفتح الباء الموحدة وسكون الراء تؤدى معناه على وقوله من بفتح الميم وسكون النون ومعناه أنا وقوله سوكند بفتح السين المهملة وسكون الواو وفتح الكاف الصماء وسكون النون وآخره دال ساكنة معناه اليمين وقوله اين بكسر الهمزة وسكون الياء آخر الحروف وفى آخره نون ساكنة أيضا تؤدى معنى هذا وقوله كار بفتح الكاف وسكون الالف والراء وهو الفعل وقوله نكنم مضارع منفى لان النون المفتوحة فى الاول هى حرف النفى وكنم معناه افعل للمتكلم وحده واشتقاقه من كردن الذى هو المصدر فالماضى كرد والمتكلم وحده كنم ومع الغير كنيم بزيادة الياء قبل الميم قال رحمه الله ﴿وان قال شخص برمن سوكندا ست بطلاق لزمه ذلك فان قال قلت ذلك﴾ أى هذا القول ﴿كذبا لايصدق﴾ لانه أخبر عن يمين منعقدة وقوله بعد ذلك قلت ذلك كذبا رجوع منه فلا يصدق ولو قال ﴿مرا سوكند خانه است كه اين كار نكنم﴾ معناه أنا حالف بيمين البيت ان لا أفعل هذا الفعل ﴿فهو اقرار باليمين بالطلاق﴾ لان اليمين مبناه على العرف وفى العرف يكنون عن المرأة يقال بيتى قال كذا يكنون به المرأة فقوله خانه يقال للبيت وكنى به عن امرأته وبقية ألفاظه فسرناها ﴿قال المشترى للبائع بها بازده﴾ معناه رد الثمن ﴿فقال البائع بدرهم﴾ يعنى أرد ﴿يكون فسخا للبيع الذى كان بينهما﴾ لان استرداده الثمن رد وفسخ للعقد قوله بها بفتح الباء الموحدة والهاء المقصورة معناه الثمن وقوله ب بفتح الباء يؤدى معنى تخصيص الاشارة كما ذكرنا قوله بازده بفتح الباء الموحدة وسكون الالف وسكون الزاى وكسر الدال المهملة وسكون الهاء معناه اعط قال رحمه الله ﴿العقار المتنازع فيه لايخرج من يد ذى اليد مالم يبرهن المدعى﴾ أى اذا ادعى عقارا لايكتفى بذكر المدعى انه فى يد المدعى عليه حتى يصح دعواه بل لابد أن يبرهن أنه فى يده أو يعلم القاضى بذلك فى الصحيح لان يد المدعى عليه لابد منه لتصح الدعوى عليه وهو شرط فيها ويحتمل ان يكون فى يد غيره فباقامة البينة فتبقى تهمة المواضعة فيقضى القاضى عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة فان قيل هذه مكررة مع قوله فى كتاب الدعوى ولا تثبت اليد فى العقار بتصادقهما بل ببينة أو اعلام قاض بخلاف المنقول قلنا لاتكرار لان تلك بالنظر الى ثبوت اليد وهذه بالنظر الى أن القاضى هل يملك اخراجها من ذى اليد قال رحمه الله ﴿عقار لا فى ولاية القاضى لايصح قضاؤه فيه﴾ لانه لاولاية له فى ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان أولا فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لاينفذ قضاؤه فى غير ذلك على قول من اعتبر المكان ولا فى غير ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل وان خرج القاضى مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه وهذا ينبغى أن يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن أبى يوسف أن المصر ليس بشرط فيه واليه أشار محمد فى كتاب أدب القاضى فقال ان المصر ليس بشرط لنفوذ القضاء وفى الخلاصة والصحيح أن المعتبر الاهل لا المكان حتى لو قضى على الاهل والعقار فى غير ولايته نفذ وعليه عمل القضاة الآن قال رحمه الله ﴿اذا قضى القاضى فى حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائى أو بدا لى غير ذلك أو وقعت فى تلبيس الشهود أو أبطلت حكمى ونحو ذلك لايعتبر والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة﴾ لان رواية الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعى ألا ترى أن الشهادة لما اتصلت بالقضاء لايصح رجوعه ولا يملك ابطالها لما ذكرنا فكذا القضاء وقال الشعبى كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضى بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد ذلك بخلافه فلا يرد قضاءه وقال صاحب المحيط وهذا يدل على أن القاضى اذا قضى باجتهاد فى حادثة لانص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضى فى المستقبل بما هو أحسن عنده ولا ينقض القضاء الذى قضاه بالرأى لانه لم ينقض بالقرآن بعده فهذا أولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده فى حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء والفرق أن القاضى حال ما قضى باجتهاده فالنص الذى هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا انه خفى عليه وكان الاجتهاد فى محل النص فلا يصح والنبى حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد فى محل لانص فيه فصح وصار ذلك شريعة له فاذا

نزل

نزل القرآن بخلافه فصار ناسخا لتلك الشريعة قال رحمه الله ﴿ خبأقوما ثم سأل رجلا عن شئ فاقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك الاقرار ﴾ لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو يكفى فى أداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال رحمه الله ﴿ وان سمعوا كلامه ولم يروه لا ﴾ أى لا تجوز شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل ان يكون المقر غيره فلا يجوز لهم ان يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه أحد سواهم ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم فى هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليه قال رحمه الله ﴿ باع عقارا و بعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع دعواه ﴾ أطلق القريب هنا وفى الفتاوى لابى الليث عنه فقال لو باع عقارا او ابنه أو امرأته حاضرة تعلم به وتصرف المشترى فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك أبيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لا تسمع مثل هذه الدعوة لان حضوره عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بانه ملك البائع وانه لا حق له فى المبيع وجعل سكوته فى هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر فى الاضرار بالناس وتقييد القريب يقتضى جواز ذلك مع الغريب وقال فى الخلاصة والاصح انها تسمع من القريب وغيره وذكر فى الهداية فى كتاب الكفالة قبل الفصل فى الضمان قال ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة فيه فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى فى نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشترى فيه اذ لا يرغب فيه بدون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع وليست بشرط فيه ولا هى باقرار الملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين ولو باع ضيعة ثم ادعى انها وقف عليه وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض لان اقدامه على البيع اقرار منه واذا أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك وان أقام البينة على ذلك قيل تقبل لان الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لانها من باب الحسبة فاذا قبلت انتقض البيع وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط لانه باقامة البينة ان الضيعة وقف عليه يدعى فساد البيع وحقا لنفسه فلا تقبل للتناقض وقال فى الجامع الصغير اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لانه سكوت يحتمل الرضا والسخط وقال ابن أبى ليلى سكوته يكون اجازة منه للبيع وفى جامع الفصولين والصحيح ان سكوته لا يكون تسليما لاحتمال انه انما سكت لغيبة شهوده أولان القاضى لو خاصم عنده لا يقضى له لما علم من حال القاضى قال رحمه الله ﴿ وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها بمهرها وقالوا كانت الهبة فى مرض موتها وقال بل فى الصحة فالقول له ﴾ أى للزوج والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات ووجه الاستحسان انهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج لان الهبة فى مرض الموت تفيد الملك وان كانت للوارث ألا ترى ان المريض اذا وهب عبده لوارثه فاعتقه الوارث أو باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان مات المورث فى ذلك المرض رد للوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعى العود عليه والزوج ينكر والقول قول المنكر قال رحمه الله ﴿ أقر بدين أو غيره ثم قال كنت كاذبا فيما أقررت حلف المقر له على ان المقر ما كان كاذبا فيما أقر به ولست بمبطل فيما ادعيه عليه والاقرار ليس بسبب للملك ﴾ وهذا قول أبى يوسف وقالا لا يحلف لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل أولى لان احتمال الكذب فيه أبعد لتضرره بذلك ووجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون الصك اذا أرادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا وكذا الوادعى وارث المقر يحلف المقر له على الصحيح لان الوارث ادعى الجزء الذى فى يد المقر له فاليمين على نفى العلم انا لا نعلم انه كاذب فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعى لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه قال رحمه الله ﴿ لو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا ﴾ لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما بينا وان قال من ساعته لا أقبل بطل وبقى الدين على حاله وكذا الوقال جعلت أرضى عليك وقفا فسكت صحت ولو قال لا أقبل بطل وقال الانصارى الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل لانه وقف لله تعالى والاشبه ان يكون هذا قول ابى يوسف لما عرف من اصله انه يصير وقفا بمجرد قوله وقفت دارى قال رحمه الله ﴿ وكلها بطلاقها لا يملك عزلها ﴾ لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين

وهو تعليق الطلاق بفعلها ولا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذى يعمل لغيره وهى عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبى قال رحمه الله ﴿وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك﴾ أى ثم يقول عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فان عزله انعزل عن الوكالة المنجزة ثم تنجزت المعلقة فصار توكيلا جديدا ثم بالعزل الثانى قد رجع عن الوكالة الثانية قال رحمه الله ﴿ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلت عن الوكالة المنجزة﴾ وقيل يقول فى عزله كلما وكلتك فانت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والاول أوجه قال رحمه الله ﴿قبض بدل الصلح شرط ان كان دينا بدين﴾ بان وقع على دراهم عن دنانير أو على شئ آخر فى الذمة لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد المداينة يحمل على المعاوضة صار صرفا أو بيعا وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ وقد بيناه من قبل فى كتاب الصلح وغيره قال رحمه الله ﴿والا لا﴾ أى ان لم يكن دينا بدين لا يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على عين متعينة لا يبقى دينا فى الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربا كما لو وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة فى الذمة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ﴿ادعى رجل على صبى دارا فصالحه أبوه على مال الصبى فان كان للمدعى بينة جاز ان كان بمثل القيمة أو أكثر مما يتغابن الناس فيه﴾ لان للصبى فيه منفعة وهى سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعى فتنقد بالمثل و بقدر ما يتغابن فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه قال رحمه الله ﴿وان لم يكن للمدعى بينة أو كانت غير عادلة لا﴾ يعنى لا يصح لانه يكون متبرعا بمال الصبى بالصلح لا مشتريا له لانه لم يستحق المدعى شيأ من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبى فى هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن وان كان الاب هو المدعى للصغير ولا بينة يجوز كيفما كان لانه لم يثبت للصبى فيما ادعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الاخذ فكان محصلا له مالا من غير أن يخرج من ملك الصبى شيأ بمقابلته فكان نفعا محضا فان كان له بينة عادلة لا تجوز الا بالمثل و باقل بقدر ما يتغابن فيه لانه صار فى معنى الملك لتمكنه من الاخذ بالبينة العادلة ووصى الاب فى هذا كالاب لانه قائم مقامه قال رحمه الله ﴿قال لا بينة فبرهن أو لا شهادة لى فشهد تقبل﴾ ومعنى الاول ان يقول المدعى ليس لى بينة على دعواى هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة فنسى ثم ذكرها بعد ذلك أو كان لا يعلمها ثم علمها وعن أبى حنيفة انها لا تقبل لانه أكذب بينته ومعنى الثانى ان يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندى فى حق له ثم يشهد له به تقبل شهادته روى ذلك عن أبى حنيفة لانه يحتمل ان تكون له شهادة قد نسيها أو لم يعلمها ثم علمها وهذا لو قال لا أعلم لى حقا على فلان ثم أقام البينة ان له عليه حقا تقبل لامكان التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس لى عليه حق ثم ادعى حقا حتى لا تسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما ونفى الحجة فى هذا كنفى الشهادة لا كنفى الحق حتى اذا قال لا حجة لى على فلان ثم أتى بحجة تقبل لانه يقول نسيت ولو قال هذه الدار ليست لى أو قال ذلك العبد ثم أقام بينة ان الدار والعبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا ولهذا يصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا لاحد قال رحمه الله تعالى ﴿للامام الذى ولاه الخليفة ان يقطع انسانا من الطريق الجادة ان لم يضر بالمارة﴾ لان للامام ولاية التصرف فى حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا رأى فى ذلك مصلحة لهم كان له أن يفعله من غير أن يلحق ضررا باحد ألا ترى انه اذا رأى أن يدخل بعض الطريق فى المسجد أو بالعكس وكان فى ذلك مصلحة للمسلمين كان له أن يفعل ذلك والامام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فكان فيه مثله قال رحمه الله ﴿من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح﴾ أى جاز البيع لانه لم يكره على البيع وانما باع باختياره غاية الامر انه صار ملجأ الى بيعه لا يقال لما طلب منه ذلك فقد أكرهه لانا نقول ذلك لا يوجب الاكراه كالدائن اذا حبسه المدين فباع ماله ليقضى بثمنه دينه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الاكره فى الايفاء لا فى البيع وقد تقدم مثله فى التسعير وفى الفتاوى لو أدخل نفسه فى مال السلطنة ثم أكرهه السلطان على بيع ماله لا يكون ذلك اكراها لانه لما دخل باختياره مع علمه ان السلطان اذا تأخر له مال يبيع داره وأمتعته صار راضيا بما يترتب على الدخول فلا يكون اكراها قال رحمه الله ﴿خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح ان قدر على الضرب﴾ لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضى شرط فى تمليك الاموال والرضا ينتفى بمثله فلا يصح قال رحمه الله ﴿وان أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال﴾ لان طلاق المكره واقع ولا يلزمها المال به اذ الرضا شرط

فيه

فيه على ما بينا من قبل فى كتاب الاكراه قال رحمه الله ﴿ولو أحالت انسانا على الزوج بالمهر ثم وهبت المهر للزوج لا يصح﴾ لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة الغرماء عند موتها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه قال رحمه الله ﴿اتخذ بئرا فى ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره فطلب تحويله لا يجبر عليه وان سقط الحائط منه لم يضمن﴾ لانه تصرف فى خالص ملكه ولان هذا تسبب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك فى ملكه ليس بتعد فلا يضمن قال رحمه الله ﴿لو عمر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها﴾ الان الملك لها وقد صح أمرها بذلك فينتقل الفعل اليها فتكون كأنها هى التى عمرته فيبقى على ملكها وهو غير متطوع بالانفاق فيرجع لصحة أمرها فصار كالمأمور بقضاء الدين قال رحمه الله ﴿ولنفسه بلا اذنها فله﴾ أى اذا عمر لنفسه من غير اذن المرأة كانت العمارة له لان الآلة التى بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك قال رحمه الله ﴿ولو عمرها لها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع﴾ أى عمرها لها بغير اذنها كان لها البناء وهو متطوع بالبناء فلا يكون له الرجوع عليها به لانه لا ولاية له فى ايجاب ذلك عليها قال رحمه الله ﴿ولو أخذ غريمه فنزعه انسان من يده لم يضمن﴾ أى لا يضمن النازع فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق فان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما حصل بفعل العبد وهو مختار وكذا اذا دل السارق فان الفعل حصل بفعل السرقة لا بدلالته ولو أمسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا قال رحمه الله ﴿فى يده مال انسان فقال له سلطان ادفع الى هذا المال والا أقطع يدك أو أضربك خمسين فدفع لم يضمن﴾ أى لا يضمن الدافع لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره أو على الآخذ أيهما شاء المالك اذا كان الآخذ مختارا والا فعلى المكره فقط قال رحمه الله ﴿وضع منجلا فى الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء فى اليوم الثانى ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل﴾ لان الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة والمتردية حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه قال رحمه الله ﴿كره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر﴾ لما روى الاوزاعى عن واصل بن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة قال أبو حنيفة الدم حرام وكره الستة وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة وكره ماسواه لانه مما تستخبثه النفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وروى ان ابن عمر رضى الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الآية فقال شيخ عنده سمعت أبا هريرة يقول ذكر القنفذ عند النبى صلى الله عليه وسلم فقال خبيث من الخبائث قال رحمه الله ﴿للقاضى أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة﴾ لانه قادر على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به وهذه المسئلة مكررة مع قوله فى كتاب القاضى الى القاضى ويقرض القاضى مال اليتيم ويكتب الصك بخلاف الاب والوصى والملتقط لانهم عاجزون عن استخلاصه فيكون تضييعا الا أن الملتقط اذا أنشد اللقطة ومضى مدة النشد ينبغى أن يجوز له الاقراض من الفقراء لانه لو تصدق به عليهم فى هذه الحالة جاز فالقرض أولى قال رحمه الله ﴿صبى حشفته ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا ولا تقطع جلدة ذكره الا بتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر لا يطيق الختان﴾ لان قطع جلده لتنكشف الحشفة فان كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان يوارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر ان قطع أكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل أن الختان سنة كما جاء فى الخبر وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع أهل بلد على تركه يحاربهم الامام فلا يترك الا للضرورة وعذر الشيخ الذى لا يطيق ذلك ظاهر فيترك قال رحمه الله ﴿ووقته سبع سنين﴾ أى وقت الختان سبع سنين وقيل لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما قبله من غير حاجة وقيل أقصاه اثنا عشر سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق ألم الختان يختن والا فلا وهو أشبه بالفقه وقال أبو حنيفة لا علم لى بوقته ولم يرو عن أبى يوسف ومحمد فيه شئ وأن المشايخ اختلفوا فيه وختان المرأة ليس بسنة وانما هو مكرمة للرجال فى لذة الجماع وقيل سنة والاصل أن ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود اليه وفى الختان اقامة السنة وتعود

اليه أيضا مصاحته لانه جاء فى الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كى الصغير وربط قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب أذن البنات الاطفال لان فيه منفعة للزينة وكان يفعل ذلك من وقته صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير والحامل لاتفعل مايضر بالولد ولا ينبغى لها أن تحتجم مالم يتحرك الولد فاذا تحرك فلا بأس مالم تقرب الولادة فاذا قربت فلا تحتجم لانه يضره وأما الفصد فلا تفعله مطلقا مادامت حبلى لانه يخاف على الولد منه وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل مايضر من البهائم كالكلاب العقور والهرة اذا كانت تأكل الحمام والدجاج لازالة الضرر ويذبحها ولا يضربها لانه لا يفيد فيكون معذبا لها بلا فائدة قال رحمه الله ﴿والمسابقة بالفرس والابل والارجل والرمى جائزة﴾ لقوله صلى الله عليه وسلم لاسبق الا فى خف أو نعل أو حافر وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع أن يسابق رجلا كان لا يسابق أبدا فسبقه سلمة بن الاكوع وقال الزهرى كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيل والركاب والارجل ولان الغزاة يحتاجون الى رياضة خيلهم وأنفسهم والتعلم للكتاب والقدد ٧ مباح قال رحمه الله ﴿وحرم شرط الجعل من الجانبين لامن أحد الجانبين﴾ لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم سبق بالخيل وراهن ومعنى شرط الجعل من الجانبين أن يقول ان سبق فرسك فلك علىّ كذا وان سبق فرسى فلى عليك كذا وهو قمار فلا يجوز لان القمار من القمر الذى يزاد تارة وينقص أخرى وسمى القمار قمارا لان كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله الى صاحبه ويجوز أن يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والنقصان فى كل واحد منهما فصار ذلك قمارا وهو حرام بالنص ولا كذلك اذا شرط من جانب واحد بان يقول ان سبقتنى فلك علىّ كذا وان سبقتك فلاشئ لى عليك لان النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وانما فى أحدهما تمكن الزيادة وفى الآخر النقصان فلا يكون مقامرة لان المقامرة مفاعلة منه فيقتضى أن يكون من الجانبين واذا لم يكن فى معناه جاز استحسانا لما روينا والقياس أنه لا يجوز لما فيه من تعليق الملك على الخطر ولهذا لاتجوز فيما عدا الاربعة المذكورة فى الكتاب كالبغل وان كان الجعل مشروطا من أحد الجانبين وفى الحديث اشارة اليه لانه خصص هؤلاء والمراد أن الاستباق بلا جعل يجوز فى كل شئ ولا يمكن الحاق ماشرط فيه الجعل ٧ لانه ليس فى معناه لان المانع فيه من وجهين القمار والتعليق بالخطر وفى الآخر من وجه واحد هو التعليق بالخطر لاغير فليس بمثل له حتى يقاس عليه وشرطه أن تكون الغاية مما تتحملها الفرس وكذا شرطه أن يكون فى كل واحد من الفرسين احتمال السبق أما اذا علم ان أحدهما يسبق لامحالة فلا يجوز لانه انما جاز لحاجة الرياضة على خلاف القياس وليس فى هذا ايجاب المال للغير على نفسه بشرط لامنفعة فيه فلا يجوز ولو شرط الجعل من الجانبين وأدخلا ثالثا محللا جاز اذا كان فرس المحلل كفؤا لفرسيهما يجوز أن يسبق أو يسبق لامحالة والا فلا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم من أدخل فرسا بين الفرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصورة ادخال المحلل أن يقول للثالث ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلاشئ لنا عليك ولكن الشرط الذى شرطناه بينهما وهو ان أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله ويأخذ أيهما غلب المال المشروط له من صاحبه وانما جاز هذا لان الثالث لايغرم على التقادير كلها قطعا ويقينا وانما يحتمل أن يأخذ أولا يأخذ فخرج بذلك من أن يكون قمارا فصار كما اذا شرط من جانب واحد لان القمار هو الذى يستوى فيه من الجانبين فى احتمال الغرامة على مابيناه ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان أو للاثنين فمن سبق فله كذا من مال نفسه أو قال للرماة من أصاب الهدف فله كذا جاز لانه من باب التنفيل فاذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله فصار أنواع السبق أربعة ثلاثة منها جائزة وواحدة منها لاتجوز وقد ذكرنا الجميع ويعرف ذلك بالتأمل وعلى هذا الفقهاء اذا تنازعوا فى المسائل وشرط للمصيب منهم جعل جاز ذلك اذا لم يكن من الجانبين على ماذكرنا فى الخيل لان المعنى يجمع الكل اذ التعليم فى البابين يرجع الى قوة الدين أو اعلاء كلمات الله تعالى والمراد بالجواز المذكور فى باب المسابقة الحل لا الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لايجبره القاضى فلا يقضى عليه به وقد قدمنا ذلك فيما تقدم قال رحمه الله ﴿ولا يصلى على غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع﴾ لان فى الصلاة من التعظيم ماليس فى غيرها من الدعوات وهى زيادة الرحمة والتقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك بما يتصور منه الخطا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز وقوله الا تبعا بان يقول اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم لان فيه تعظيم النبى صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى الترحم على النبى صلى الله عليه وسلم بان يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم لايجوز لانه ليس فيه

مايدل على التعظيم مثل الصلاة والسلام ولهذا يجوز أن يدعى بهذا اللفظ لغير الانبياء والملائكة عليهم الصلاة والسلام وهو ممنوع قطعا فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة اليها وقال بعضهم يجوز لان النبى صلى الله عليه وسلم كان من أشوق العباد الى مزيد رحمة الله ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى أن يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضى الله عنهم لانهم كانوا يبالغون فى طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون فى فعل ما يرضيه ويرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته أشد الرضا فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لا يلحق أدناهم ولو أنفق ملء الارض ذهبا وللتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم وقلة اهتمامهم بالامور الدينية قال رحمه الله ﴿والاعطاء باسم النيروز والمهرجان لا يجوز﴾ أى الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال أبو حفص الكبير رحمه الله لو أن رجلا عبد الله تعالى خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز وأهدى الى بعض المشركين بيضة يريد تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا أهدى يوم النيروز الى مسلم آخر ولم يرد به تعظيم اليوم ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر ولكن ينبغى له أن لا يفعل ذلك فى ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله أو بعده لكيلا يكون تشبيها بأولئك القوم وقد قال صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال فى الجامع الاصغر رجل اشترى يوم النيروز شيأ يشتريه الكفرة منه وهو لم يكن يشتريه قبل ذلك ان أراد به تعظيم ذلك اليوم كما تعظمه المشركون كفر وان أراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر قال رحمه الله ﴿ولا بأس بلبس القلانس﴾ لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره فى الذخيرة قال رحمه الله ﴿ويسن لبس السواد وارسال ذنب العمامة بين الكتفين الى وسط الظهر﴾ لان محمدا رحمه الله ذكر فى السير الكبير فى باب الغنائم حديثا يدل على ان لبس السواد مستحب ومن أراد أن يجدد اللف للعمامة ينبغى له أن ينقضها كورا فكورا فان ذلك أحسن من رفعها على الرأس والقائها فى الارض دفعة واحدة وأن المستحب ارسال ذنب العمامة بين الكتفين واختلفوا فى مقدار الذنب قيل شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت عليه يوما مستورة فبقيت تنظر الى وجهه وهى متحيرة فقال لها ماشأنك فقالت أعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها عن رأسه ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك ويستحب للرجل أن يلبس أحسن ثيابه وكان أبو حنيفة يأمر أصحابه بذلك ويلبس بارا بعمائة دينار وأباح الله تعالى الزينة بقوله قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى اذا أنعم على عبد أحب أن يرى أثر نعمته عليه وقد خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم قال رحمه الله تعالى ﴿وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل﴾ لانه أفضل منه قال الله تعالى هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم فى الصلاة وهى أحد أركان الاسلام وهى ثالثة الايمان وقال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم والمراد بأولى الامر العلماء فى أصح القولين والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يتقدمون والعلماء ورثة الانبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة قال رحمه الله ﴿ولحافظ القرآن أن يختم فى كل أربعين يوما﴾ لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها وذلك يحصل بالتأنى لا بالتوانى فى المعانى فقدر الختم أقله أربعون يوما كل يوم حزب ونصف أو ثلثا حزب أو أقل والله تعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب الفرائض﴾

اعلم أن علم الفرائض هو علم المواريث يحتاج اليه لكثرة ما تعم به البلوى ويكون فيه من النوازل والفتوى ولهذا حث الشارع على تعلمه ورغب فيه مخافة اندراسه فقال تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانى امرؤ مقبوض وسيقبض هذا العلم بقبض العلماء وتظهر الفتن حتى يتنازع الاثنان فى الفريضة فلا يجدان أحدا يفصل بينهما وقال عليه الصلاة والسلام تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانه أول ما ينزع من أمتى ثم يحتاج الى معرفة تفسير الفرائض وسبب استحقاق الميراث وسبب حرمانه والحقوق المتعلقة بالتركة وأصناف الوارثين أما تفسيرها فالفرض فى اللغة عبارة عن التقدير قال الله تعالى فنصف ما فرضتم أى قدرتم ويقال فرض القاضى النفقة اذا قدرها وكذا يستعمل للقطع يقال فرضت الفارة الثوب أى قطعته فسمى كتاب الفرائض لان سهام المواريث كلها مقدرة مقطوعة ولان سبب استحقاق الارث القرابة وما هو ملحق بها كالولاء أما القرابة فنوعان رحم وزوجية ونص

الكتاب ناطق بهما وهو قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم الآية ولان الميت لما استغنى عن ماله ولولم يستحقه أحد يبقى عاطلا سائبا والقريب أولى الناس به فيستحقه بالقرابة صلة كما يستحق النفقة حال حياة مورثه صلة والزوجية أصل القرابة وأساسها لان القرابات تفرعت وتشعبت منها فالتحق قرابة السبب بقرابة النسب فى حق استحقاق الارث وأما الولاء فلقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب يعنى فى حق استحقاق الميراث فقد التحق الولاء بالنسب ولانه بالاعتاق تسبب الى احيائه حكما حين أزال عنه المالكية والولاية التى هى من خاصة الانسانية وكان السبب الى الاحياء يعنى بالاعتاق وكذا ولاء الموالاة لقوله عليه الصلاة والسلام لمن سأله عمن أسلم على يد رجل هو أحق الناس به محياه أو مماته وأما ما يحرم به الميراث فانواع ثلاثة الرق والكفر والقتل مباشرة بغير حق أما الرق فلانه سلب أهلية الملك وأما الكفر فلقوله عليه الصلاة والسلام لا يتوارث أهل ملتين يعنى لا يرث كافر مسلما ولا مسلم كافرا وأما القتل فلما يأتى فى بابه وأما الحقوق المتعلقة بالتركة فار بعة الكفن والدفن والوصية والدين والميراث فاول ما يبدأ منها بكفن الميت ودفنه لان ستر عورته ومواراة سوأته من أهم حوائجه واستغراق الدين بماله لم يمنعه من ذلك حال حياته فكذلك بعد وفاته ثم تقضى ديونه لانها أهم من قضاء ديون الله لاستغناء الله تعالى وافتقار العبد لشدة خصومة الله تعالى فى حقوق العباد ولكثرة تجاوز الله تعالى وعفوه وتفضله وكرمه ثم تنفذ وصيته من الثلث لانها من حوائج الميت والوارث انما يستحق الميراث اذا استغنى المورث وهذا اذا كانت الوصية بشئ بعينه فان كانت الوصية بثلث ماله أو ربعه فالموصى له شريك الورثة لانها بمعنى الميراث لانه ثبت حقه فى جميع التركة شائعا كحق سائر الورثة ثم يقسم الباقى بين ورثته على فرائض الله تعالى وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما أصناف الوارثين فثلاثة أصحاب الفرائض الذين لهم سهام مقدرة وعصبة وهم الذين يأخذون ما فضل من أصحاب الفروض وذو الارحام وهم الذين ليس لهم فروض مقدرة ولا لهم حقيقة تعصيب وانما لهم مجرد قرابة ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يجرى فيه الارث وما لا يجرى فيه الارث فنقول لا شك أن أعيان الاموال يجرى فيها الارث وأما الحقوق فمنها ما يجرى فيه الارث وهو حق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف عندنا والنكاح لا يورث بلا خلاف وحبس المبيع وحبس الرهن يورث والوكالات والعوارى والودائع لا تورث واختلف المشايخ فى خيار العيب فمنهم من قال يورث ومنهم من قال لا يورث ولكن لا يثبت للورثة ابتداء والدية تورث بلا خلاف وأما القصاص فالاصل أنه يورث ويثبت للورثة ابتداء ويجوز أن يقال القصاص لا يورث عند أبى حنيفة ويورث عندهما والولاء يورث بلا خلاف وأما بيان الوقت الذى يجرى فيه الارث فنقول هذا فصل اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق الارث يثبت فى آخر جزء من أجزاء حياة المورث وقال مشايخ بلخ الارث يثبت بعد موت المورث وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فى رجل تزوج بامة الغير ثم قال لها اذا مات مولاك فانت حرة فمات المولى والزوج وارثه هل تعتق فعلى قول من يقول بان الارث يجرى فى آخر جزء من أجزاء حياة المورث تعتق بعد الموت وذكر هذه المسئلة فى القدورى وذكر أنها على قول أبى يوسف لا تعتق وعلى قول زفر تعتق وأما ما يستحق به الارث وما يحرم به فنقول ما يستحق به الارث شيآن النسب والسبب فالنسب على ثلاثة أنواع المنتسبون اليه وهم الاولاد والمنتسب هو اليهم وهم الآباء والامهات والسبب وهم الاخوات والاعمام والعمات وغير ذلك والسبب ضربان زوجية وولاء والولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء الموالاة وفى النوعين من الولاء يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى هذا بيان جملة ما يستحق به الارث جئنا الى بيان ما يحرم به الارث فنقول ما يحرم به من الميراث الرق حتى أن العبد لا يرث من الحر والحر لا يرث من العبد وسيأتى شئ من ذلك بعدها واختلاف الدينين حتى لا يرث الكافر من المسلم ولا المسلم من الكافر وسيأتى أيضا والقتل مباشرة بغير حق ففى القتل يشترط لحرمان الميراث ثلاثة أشياء أحدها المباشرة سواء كانت عمدا أو خطأ حتى أن من تسبب الى قتل مورثه بان صب الماء على الطريق فزلق به مورثه فمات أو حفر بئرا على حافة الطريق فوقع فيها مورثه ومات لا يحرم من الميراث الثانى أن يكون القتل بغير حق والقتل بحق لا يوجب حرمان الارث ألا ترى أن من صال عليه مورثه فقتله الوارث دفعا لصيالته لا يوجب حرمان الميراث الشرط الثالث أن يكون المباشر مخاطبا حتى أن الصبى والمجنون اذا قتل لم يتعلق به حق وجوب القصاص ولا حرمان الميراث وكذلك اختلاف الدارين سبب لحرمان الميراث لان الميراث انما يستحق بالنصرة ولا تناصر عند اختلاف الدارين ولكن هذا الحكم فى أهل الكفر لا فى حق المسلمين حتى أن المسلم اذا مات فى دار الاسلام وله ابن مسلم فى دار الهند أو الترك يرث وفى الكافى ثم اختلاف الدارين على نوعين

حقيقي كالحربي مات في دار الحرب وله ابن ذمي في دار الاسلام فانه لا يرث الذمي من ذلك الحربي وكذا لومات ذمي في دار الاسلام وله أب أو ابن في دار الحرب فانه لا يرث ذلك الحربي من ذلك الذمي وحكمي كالمستأمن والذمي حتى لومات مستأمن في دارنا لا يورث منه وارثه الذمي وكذلك الدين سبب لحرمان الميراث وهذا اذا كان الدين مستغرقا للتركة أما اذا لم يكن مستغرقا فالقياس أن لا يوجب حرمان الارث وفي الاستحسان لا يوجب وقد قيل البعد سبب لحرمان الميراث أيضا حتى لا يرث البعيد من القريب اذلو ورث لورث جميع العالم من واحد وأنه محال قال رحمه الله ﴿يبدأ من تركة الميت بتجهيزه﴾ المراد من التركة ماتركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا به كالرهن والعبد الجاني والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما في حال حياته خاصله أنه معتبر بحال حياته فان المرء يقدم نفسه في حال حياته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على أصحاب الدين مالم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أو قدر ما كان يلبسه في حال حياته من الوسط أو من الذي كان يتزين به في الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهو محترم حيا وميتا فلا يجوز كشف عورته وفي الاثر لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحي فيجب أن يعلم ان التركة تتعلق بها حقوق أربعة جهاز الميت ودفنه والدين والوصية والميراث فيبدأ بجهازه وكفنه وما يحتاج في دفنه بالمعروف وفي الكافي من غير تبذير ولا تقتير وفي التهذيب اذا مات الرجل يبدأ من تركته بتكفينه وتجهيزه بالمثل والمثل ما يلبس عند الخروج وقيل في الاعياد وقيل في الجمع والجماعات وهو الاصح ثم الدين وأنه لا يخلو اما ان يكون الكل دين المرض وان كان البعض دين الصحة والبعض دين المرض فان كان الكل سواء لا يقدم البعض على البعض وان كان الدين دين الصحة والبعض دين المرض ثبت بالبينة أو المعاينة فهو ودين الصحة سواء وفي المضمرات وسئل عمن مات وله مال في يد أجنبي وطلب منه الورثة تسليم ذلك وعلى الميت ديون والمدعى عليه يعلم بذلك وانهم ورثته فصالحه الورثة عما عليه وفي يده مال ثم دفعه من مال نفسه اليهم هل يغرم لغرماء الميت فقال نعم ولا يبرأ بهذا الصلح وسئل عمن مات وله في يد أجنبي مال وله ورثة ولا شيء في أيديهم وعلى الميت ديون على من يدعى صاحب الدين وعلى من يقيم البينة فقال على ذي اليد بحضرة الورثة وتنفذ وصاياه من ثلث ماله وفي الفرائض للحسامي ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما يبقى بعد الكفن والدين الا أن يجيز الورثة أكثر من الثلث ويقسم الباقي بين الورثة على سهام الميراث وهذا اذا كانت الوصية بشيء بعينه فأما اذا كانت الوصية شائعا نحو الوصية بالثلث أو بالربع لا تقدم الوصية على الميراث بل يكون الموصى له شريك الورثة في هذه الصورة يزاد حقه بزيادة تركة الميت وينقص حقه بنقصان تركة الميت قال رحمه الله ﴿ثم بدينه﴾ لقوله تعالى من بعد وصية توصون بها أو دين قال علي كرم الله وجهه انكم تقرؤن الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداءة بالواجب أولى والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا والمراد دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكاة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها الا اذا أوصى بها أو تبرعت الورثة بها من عندهم لان الركن في العبادات نية المكلف بفعله وقد فات بموته فلا يتصور بقاء الواجب لان الآخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفصل فيها ولا العبادة حتى يجيز بفعل غيره من غير اختيار بخلاف دين العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ألا ترى ان صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وأخذه يجتزئ بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله غني عن ماله وعن العالمين جميعا غير ان الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله في آخر عمره ليتدارك ما فرط فيه تفضلا من غير حاجة اليه فان أوصى به قام فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والا فلا قال رحمه الله ﴿ثم وصيته﴾ أي تنفذ وصيته من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين لما تلونا وفي أكثر من الثلث لا يجوز الا باجازة الورثة وقد بيناه في كتاب الوصية ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل هو شريك لهم حتى اذا سلم له شيء سلم للورثة ضعفه أو أكثر ولا بد من ذلك بخلاف التجهيز والدين فان الورثة والموصى لهم لا يأخذون الا ما فضل منهما قال رحمه الله ﴿ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أي ذو سهم مقدر﴾ لما تلونا ولقوله عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض باهلها فما فضل فلذي عصبة ذكر وفي رواية فلأولى رجل ذكر وذلك على سبيل التأكيد كقوله تعالى تلك عشرة كاملة ولا طائر يطير بجناحيه قال رحمه الله ﴿فللاب السدس مع الولد وولد الابن﴾ لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد جعل له السدس مع

الولد وولد الابن ولد شرعا بالاجماع قال الله تعالى يا بني آدم وكذا عرفا قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا و بناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاباعد

وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل من باب عموم المجاز أو عرف كون ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع وجميع أحوال الاب في الفرائض ثلاثة أحدها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وان سفل لما تلونا والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض بما تلونا والتعصيب لما روينا والحالة الثالثة التعصيب المطلق وذلك اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه السدس ذكر فرض الام وجعل الباقي له دليل على انه عصبة قال رحمه الله ﴿والجد كالاب اذا لم يتخلل في نسبته أم الا في ردها الى ثلث ما بقي وحجب أم الاب فيحجب الاخوة﴾ أي الجد كالاب اذا لم يتخلل في نسبه الى الميت أنثى وهو الجد الصحيح الا في مسئلتين أحدهما في رد أم الميت من ثلث الجميع الى ثلث ما بقي وحجب أم الاب في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان الاب يردها اليه كالجد وفي حجب أم الاب فان الاب يحجبها دون الجد وان تخلل في نسبه الى الميت أم كان فاسدا فلا يرث الا على أنه من ذوي الارحام لان تخلل الام في النسبة يقطع النسب والنسب الى الآباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك يكون بالمشهور وهو الذكور دون الاناث وقوله كالاب يعني عند عدم الاب لان الجد يسمى أبا قال الله تعالى حاكيا عن يوسف عليه الصلاة والسلام واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحاق ويعقوب وكان اسحاق جده وابراهيم جدا أبيه وقال الله تعالى يا بني آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة وهما آدم وحواء عليهما السلام فاذا كان أبا دخل في النص اما بطريق عموم المجاز أو بالاجماع على نحو ما ذكرنا في ابن الابن فكان له الاحوال الثلاثة التي ذكرناها في الاب وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب لانه أقرب منه ويدلي به فلا يرث معه وانما يقوم مقامه عند عدمه وقوله ويحجب الاخوة يعني الجد يحجب الاخوة كالاب لانه قائم مقامه وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة على ما يجيء بيانه ان شاء الله تعالى والاصح ان الجد نوعان صحيح وفاسد فالفاسد من جملة ذوي الارحام والصحيح له أحوال ثلاثة على نحو ما ذكرنا في الاب وحكمه حال عدم الاب في استحقاقه السهم والتعصيب حكم الاب وحكم الواحد السدس واذا كثر فالسدس بينهم بالسوية والفاصل بين الجد الصحيح والفاسد ان الصحيح هو الذي لم يتخلل في نسبته الى الميت أم وان تخلل في نسبه الى الميت أم فهو فاسد والجد الصحيح كالاب واختلف مشايخنا في الفتوى في مسائل الجد فامتنع بعضهم من الفتوى أصلا لكثرة الاختلاف الواقع فيما بين الصحابة وأفتى بها الآخرون لكن اختلفوا فيما بينهم كان الشيخ الامام السرخسي يفتي في مسائل الجد بقول أبي يوسف ومحمد وبعض المتأخرين من مشايخنا اختاروا الفتوى بالصلح في مواضع الخلاف قالوا كنا نفتي بالصلح في الاجبر في مواضع الخلاف المشترك لاختلاف الصحابة واختلاف الصحابة هنا أظهر فكان الفتوى بالصلح هنا أحق وقال الشيخ الامام شمس الدين الحلواني قال مشايخنا بأن الصواب في مسائل الجد أن يعطى الجد ما اتفقوا عليه ثم يقسم بين الجد وبين الاخوة والاخوات نصفين أمروا بالصلح قال القاضي الامام عماد الدين النسفي لا ينبغي للمفتي أن يقول المال كله للجد عند الصديق وانما قال أبو حنيفة بذلك تعظيما لامر الصديق وأما أصول زيد رضي الله عنه فالاصل الاول أن يجعل الجد مع الاخوة والاخوات كأحدهم يقاسمهم ويقاسمونه ويزاحمهم ويزاحمونه ما دامت المقاسمة خيرا له من ثلث جميع المال كجد وأخ اذ لا ينقص من الثلث فان كان الثلث خيرا له من المقاسمة كجد وثلاثة اخوة يعطى الثلث ويقسم الباقي بينهم على فرائض الله تعالى الاصل الثاني أن يعتبر الاخوة والاخوات لاب مع الاخوة والاخوات لاب وأم في مقاسمة الجد حتى يظهر نصيب الجد فاذا ظهر نصيبه وأعطى نصيبه رد أولاد الاب ما أخذوا على أولاد الاب والام وان كانوا ذكورا ومختلطين وخرجوا بغير شيء فقد اعتبرهم في الابتداء وأخرجهم في الانتهاء بيانه جد وأخ لاب وأم وأخ لاب وان كان مع الجد أخت لاب وأم واخوة وأخوات لاب يقسم كما قلنا ثم يرد الاخوة والاخوات لاب على الاخوات لاب وأم الى تمام النصف وعلى الاختين لاب وأم الى تمام الثلثين ثم ان فضل شيء يكون له والا فلا وفي الذخيرة فصل في مسائل يقوم الجد مقام الاب في حجب الاخوات لاب وأم أو لاب عند أبي حنيفة وهو قول أبي بكر الصديق وعبد الله بن عباس وأبي موسى الاشعري وطلحة وعليه الفتوى وقال زيد يقاسم الجد الاخوة والاخوات ما دامت المقاسمة خيرا له بان كان لا ينقص نصيبه من الثلث وكان يجعل الجد كأخ آخر وكان يجعل نصيبه كنصيب الاخ فان انتقص نصيبه من الثلث يعطيه ثلث المال وهو قول أبي يوسف ومحمد وفي المضمرات نفس المقاسمة ان يجعل الجد

في

فى المقاسمة كأحد الاخوة وبيانه فى المسائل اذا ترك الرجل أختا لاب وأم أو لاب وجدا فعلى قول أبى حنيفة المال كله للجد وعلى قولهما المال بينهما على ثلاثة أسهم سهمان للجد وسهم للاخت ويجعل الجد فى هذه الصورة كأخ آخر لان المقاسمة خير له فاذا جعلناه كأخ آخر نصيبه سهمان من ثلاثة فيجعل كذلك وان ترك ثلاث اخوة لاب وأم أو لاب وجدا يقسم المال بينهم أخماسا عندهم له سهمان من ثلاثة وان ترك ثلاث اخوة لاب وأم أو لاب وجدا فللجد الثلث ويجعل الجد كأخ فيقسم المال بينهم أخماسا سهمان للاخ وسهم للاخت ويجعل الجد كأخ آخر لان المقاسمة خير له لانا لو أعطيناه الثلث فى هذه الحالة أعطيناه سهمين من ستة وسهمان من خمسة خير له من سهمين من ستة ولو ترك جدا وأخوين لاب وأم وأختا لاب وأم فههنا يعطى الجد ثلث المال لان الثلث خير له لان بالمقاسمة يحصل له سهمان من سبعة فاذا جعلنا الجد كأخ آخر كان خيرا له وان ترك جدا وأخا لاب وأم أو لاب وأختين لاب ففى هذه الصورة لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث عندهما لان بالمقاسمة يصير كأنه مات عن ثلاثة اخوة لاب وأم لانا جعلنا الاختين أخا واذا كان كذلك يقسم المال بينهم أثلاثا فيكون للجد الثلث سهم من ثلاثة ولو أعطيناه الثلث ابتداء كان على الحساب من ثلاثة للجد سهم من ثلاثة فهو معنى قولنا انه لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث هنا والفتوى فى هذه المسائل وما يتصل بها على قول أبى حنيفة وفى الكافى ولو ترك جدا وأخوين فالثلث ههنا والمقاسمة سواء ولو ترك جدا وثلاثة اخوة فالثلث هنا خير من المقاسمة ودليله فى شرح الطحاوى ولو مات وترك جدا وأخا لاب وأم وأخا لاب فان الاخ من الاب لا يرث مع الاخ لاب وأم وجد فان الاخ لاب يدخل مع الجد لانه وارث فى حق الجد وان لم يكن وارثا فى حق الاخ لاب وأم فتكون المقاسمة والثلث سواء فيعطى للجد الثلث والثلثان للاخوين لكل أخ ثلثه وهذا كما يقول فى الاخوين مع الاب يردا الام من الثلث الى السدس ومع ذلك لا يرثان مع الاب وذكر فى المضمرات ان المسائل المتعلقة بالاخوة خمسة أحدها الشركة وهى ان تترك المرأة زوجها وأما وجدا أو اخوة من أم وأخا من أب وأم فللزوج النصف وللام السدس ولولد الام الثلث ولا شئ للاخ من الاب والام وهذا قول أبى بكر الصديق رضى الله عنه ويشترك أولاد الاب والام مع أولاد الام فى الثلث كانهم أولاد أم واحد سواء فيه الذكر والانثى وهذا قول عمر رضى الله عنه وبه أخذ مالك والشافعى وكان عمر رضى الله عنه يقول أولا كما يقول أبو بكر رضى الله عنه ثم رجع الى قول غيره وسبب رجوعه انه سئل عن هذه المسئلة فأجاب كما هو مذهبه فقام واحد من أولاد الاب فقال يا أمير المؤمنين هب ان أبانا كان حمارا ألسنا من أم واحدة والاب لا يزيد الا قربا فاطرق عمر رأسه متأملا ثم رفع رأسه فقال صدقوا هم سواء أم واحدة فشركهم فى الثلث فسميت المسئلة مشتركة لتشريك عمر وحمارية لقول القائل وأما المسئلة المنبرية والثالثة الاكدرية والرابعة العثمانية وقد مرت وأما الخامسة الحمزية وهى ثلاث أخوات متفرقات وثلاث جدات متحاذيات وجد هو أب الاب تحجب أم الاب باب الاب وتحجب الاخت من الام أيضا والاخت من الاب تدخل فى المقاسمة وتخرج بغير شئ على الخلاف وتخرج المسئلة من اثنى عشر بعد القطع وانما سميت حمزية لان حمزة بن حبيب فعلها وفى الذخيرة فصل فى الحجب يجب ان يعلم بأن الحجب على نوعين حجب حرمان وحجب نقصان فحجب الحرمان يرد على الكل الا على ستة الزوج والزوجة والاب والام والبنت والابن وحجب النقصان لا يرد الا على ثلاثة الزوج والزوجة والام والحجب على نوعين حجب نقصان وهو حجب عن سهم الى سهم وذلك لخمس نفر الزوجين والام والجدة وبنت الابن والاخت لاب وحجب حرمان والورثة فيه فريقان فريق لا يحجبون بحال وهم ستة وهذا يبنى على أصلين أحدهما ان كل من يدلى الى الميت بشخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص سوى أولاد الام فانهم يرثون معها لانعدام استحقاقها التركة والثانى الاقرب فالاقرب كما فى العصبات قال رحمه الله ﴿وللام الثلث﴾ وذلك عند عدم الولد وولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين من الاخوة والاخوات على ما نبين قال رحمه الله ﴿ومع الولد وولد الابن أو الاثنين من الاخوة والاخوات لا أولادهم السدس﴾ يعنى مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث وانما ترث السدس لما تلونا ولقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فاسم الولد فى المتلو يتناول الولد وولد الابن على قول جمهور الصحابة وروى عن ابن عباس انه لا تحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية فان الاخوة جمع وأقله ثلاثة والجمهور على أن الجمع يطلق على المثنى قال الله تعالى وهل أتاك نبأ الخصم اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فأعاد ضمير الجمع فى تسوروا ودخلوا وفى منهم على المثنى الملكان اللذان دخلا عليه كما فى محله عرف ومثل هذا كثير شائع فى كلام العرب قال رحمه الله ﴿ومع الاب واحد الزوجين ثلث الباقى بعد فرض أحدهما﴾

فيكون لهما السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو الثلث الباقى بعد فرض أحدهما فصار للام ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث الباقى بعد فرض أحد الزوجين والسدس وقد ذكرنا الكل بتوفيق الله تعالى ولذا جعل الله للام ثلث ماترثه هى والاب عند عدم الولد والاخوة لاثلث الكل لقوله تعالى وورثه أبواه فلامه الثلث أى ثلث مايرثانه والذى يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقى من فرضه ولانها لو أخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب مع الزوج أوقريبا من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضى تفضيله عليها بالضعف اذا لم يوجد الولد والاخوة ولهذا قال ابن مسعود فى الرد عليه ما أراد الله تفضيل الانثى على الذكر وقال زيد لاأفضل الانثى على الذكر ومرادهما عند الاستواء فى القرابة والقرب وأما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل الانثى على الذكر ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع فلا يبالى بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه واما عند أبى يوسف لها ثلث الباقى أيضا مع الجد وهو مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما فانهما اما كانا يفضلان الام على الجد قال رحمه الله ﴿وللجدات وان كثرن السدس ان لم يتخلل جد فاسد فى نسبتها الى الميت﴾ قال فى الاصل والكلام فى الجدات فى مواضع فى ترتيبهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن وفى قدر ميراثهن وفيما يسقطن به فالاول كل شخص له جدتان أم أم وأم أب ولابيه وأمه كذلك وهكذا الى كل واحد من الاصول الى ان ينتهى الى آدم وحواء عليهما السلام فالصحيحة منهن من لا يتخلل فى نسبتها الى الميت ذكر بين انثيين والفاسدة من تخلل فى نسبتها ذكر وذلك جد فاسد فمن يدلى به يكون فاسدا ذكرا كان أو أنثى وعند سعد بن أبى وقاص الفاسدة من تدلى بذكر مطلقا واذا أردت تنزيل كل عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر أولا لفظة أم أم بمقدار العدد الذى تريده ثم تقول ثانيا أم أم وتجعل مكان الام الاخيرة أبا ثم فى كل مرة تبدل مكان الام أبا على الاول الى ان تبقى لفظة أم مرة مثاله اذا سئلت عن أربع جدات وارثات متحاذيات فقيل أم أم أم أم بقدر عددهن لفظة أم مرة لاثبات الدرجة التى تتصور أن يجتمعن فيها فانه لا يتصور ان يجتمعن فيها الا اذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فاربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن الا فى الدرجة الرابعة فتقول أم أم أم أربع مرات فهذه واحدة منهن وهى من جهة الام ولا يتصور من جهتها وارث أكثر من واحدة ثم يأتى بواحدة أخرى من جهة الاب فى درجتها فتقول أم أم أب ثم تأتى بأخرى من جهة الجد فتقول أم أم أب الاب ثم تأتى أخرى من جهة جد الاب فتقول أم أب الاب ولا يتصور أن يجتمع الوارثات فى هذه الدرجة أكثر من ذلك لان لكل جد صحيح له أم وارثة وكذا أم أمه وان علت ولا يتصور ان يكون جدة وارثة من كل أب الا واحدة فيحتاج الى ان يأتى من الآباء قدرهن عددا الا واحدة وهى التى من جهة الام فانها تدلى بذكر والثانية تدلى بالاب فلهذا حذفت فى النسبة الثانية أما واحدة وأبدلت مكانها أبا والجدة الثالثة تدلى بالجد فلهذا أسقطت اثنين وأبدلت مكانهما أبوين والرابعة تدلى بجد الاب فلهذا اسقطت أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء فهذه طريقة فى أكثر منهن الى مالا يتناهى هذه معرفة الصحيحة واذا أردت ان تعرف مايقابل الصحيحات من الفاسدات فخذ عدد الصحيحات واجعله فى يمينك واطرح منه اثنين واجعلها بيسارك بعدد مابقى فى يمينك فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعا فاذا أسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هى الفاسدات مثاله اذا سئلت عن أربع جدات صحيحات كم بازائهن من الفاسدات فخذ أربعة بيمينك واطرح منها اثنين فخذها بيسارك فاذا ضعفت هذا المطروح بعدد مابقى فى يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات اجمع فى هذه الجدة فاذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربع بقيت أربعة وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن يشتركن فيه لما روى عبادة بن الصامت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين الجدتين اذا اجتمعتا بالسدس بالسوية وأبو بكر الصديق رضى الله عنه أشرك بين الجدتين فى السدس وسيذكر مايسقطن به وفى الظهيرية فاعلم انه لا بد لكل واحد من بنى آدم سوى عيسى عليه السلام ان يكون له جدتان أحدهما من قبل الام وهى أم الام والاخرى من قبل الاب وهى أم الاب يجب ان يعلم بان الجدات طبقتان طبقة هى من جملة أصحاب الفرائض يعرفن بالثابتات وطبقة وهى من جملة ذوى الارحام يعرفن بالساقطات فالحاصل اذا كان لميت أم الاب وأم أم الام والاب حى فعند بعض المشايخ لاشئ لواحدة منهن لان أم أم الام تصير محجوبة بام الاب وام الاب تصير محجوبة بالاب وعند بعض المشايخ ترث الجدة من قبل الام وفريضة الواحدة منهن السدس بينهن بالسوية وهذا قول عامة الصحابة وفى المضمرات الجدة الواحدة والجدات فصاعدا السدس لا يزاد عليها لا عند الرد ولا ينقص الا عند العول والجدات ست ثنتان لك وثنتان لامك وثنتان لابيك والكل

وارثات الا واحدة وهى أم أب قال رحمه الله ﴿وذات جهة كذات جهتين﴾ يعنى الجدة اذا كانت من جهة واحدة والاخرى لها جهتان فهما سواء فى الميراث قال فى الاصل وان كانت للميت جدة من جهة واحدة وجدة من جهتين أو ثلاث جهات قال أبو يوسف لاعبرة لكثرة الجهات والسدس بينهن بالسوية وقال محمد لكثرة الجهات عبرة والسدس بينهن على عدد الجهات وصورتها من جهتين امرأة زوجت ابنة ابنها من ابن ابنها فولد بينهما غلام فهذه المرأة لهذا الغلام جدة من جهتين فانها أم أم أم هذا الغلام وأم أب أب هذا الغلام فلومات هذا الغلام وترك هذه الجدة وجدة أخرى من جهة الاب فهى أم أم أبيه قال أبو يوسف السدس بينهما بالسوية وقال محمد السدس بينهما أثلاثا ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات الجهة الواحدة وصورتها من الجهات الثلاثة هذه المرأة المزوجة زوجت بنت بنت بنت لأخرى من هذا الغلام المولود فولد بينهما غلام فان هذه الزوجة لهذا الغلام المولود الثانى من ثلاث جهات من جهة هى أم أم أم أمه وهى من جهة هى أم أم أم أبيه ومن جهة أم أب أب أبيه فلومات هذا الغلام وترك هذه الجدة وجدة أخرى من قبل الاب وهى أم أم أب الاب فعلى قول أبى يوسف ان السدس بينهن بالسوية وعلى قول محمد على أربعة أسهم ثلاثة أسهم للجدة هذه وسهم واحد للجدة الأخرى قال رحمه الله ﴿والبعدى تحجب بالقربى﴾ سواء كانا من جهة واحدة أومن جهتين وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة بالاب أو بالجد وفى رواية عن ابن مسعود لاتحجب الجدات الا الأم وفى رواية عنه وعن زيد بن ثابت ان القربى اذا كانت من جهة الاب لاتحجب البعدى من جهة الام وبالعكس تحجب لان الجدات يرثن بولادة الابوين فوجب ان تعطى كل واحدة منهن حكم من تدلى به والاب لايحجب الجدات من قبل الام فكذا أمه والام تحجب كل واحدة هى أبعد منها فكذا أمها ولنا ان الجدات يرثن باعتبار الولاد فوجب ان يقدم الادنى على البعدى كالاب الادنى مع الاب الابعد وليس كل حكم ثبت بواسطة يثبت لمن تدلى به ألاترى ان أم الام لايزيد ارثها على السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك قال رحمه الله ﴿والكل بالام﴾ أى يحجب الجدات كلهن بالام والمراد اذا كانت الام وارثة وعليه الاجماع والمعنى فيه ان الجدات انما يرثن بطريق الولادة والام أبلغ حالا منهن فى ذلك فلا يرثن معها ولانها أصل فى قرابة الجدة التى من قبلها الى الميت وتدلى بها فلاترث مع وجودها لما عرف فى باب الحجب فاذا حجبت التى من قبلها كانت أولى ان تحجب التى من قبل الاب لانها أضعف حالا منها ولهذا تؤخر فى الحضانة فتحجب بها وكذا الابويات منهن يحجبهن بالاب اذا كان وارثا روى عن عثمان وعلى والزبير وسعد وزيد ابن ثابت رضى الله عنهم وبه أخذ جمهور العلماء وروى عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبى موسى الاشعرى وأبى الطفيل عامر بن واثلة انهم جعلوا لها السدس مع الاب وبه أخذ طائفة من أهل العلم من التابعين لما روى انه عليه الصلاة والسلام ورث جدة وابنها حى ولانها ترث ميراث الام فلا يحجبها الاب كما لايحجب الام وكما لايحجب الجد ولانها ترث بطريق الفرض فلاتكون العصوبة حاجبة لها كما لايحجبها عم الميت الذى هو ابنها قلنا ان أم الاب تدلى بالاب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن مع الابن ولاحجة لهم فى الحديث لانه حكاية حال فيحمل على ان ذلك الاب كان عما للميت لاأبا ولا نسلم انها ترث ميراث الام بل ميراث الاب لان له السدس فرضا فترث ذلك عند عدمه ولئن كان ميراث الام لايلزم منه عدم الحجب بغيره ألاترى ان بنات الابن يرثن ومع هذا يحجبن بالابوين وكذا الجد يحجب أبويه لما ذكرنا الا أم الاب فانها لايحجبها وان علت لان ارثها ليس من قبله وكذا كل جدة لاتحجب الجدة التى ليست من قبلها فصارت الجدة لها حالتان السدس والسقوط قال رحمه الله ﴿وللزوج النصف ومع الولد وولد الابن وان سفل الربع﴾ لقوله تعالى ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركت المرأة لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص أو بالاجماع على ما بينا من قبل سواء كان من الزوج الوارث الولد أو ولد الولد أومن زوج غيره أولا يعرف له أب كولد اللعان وغيره فيكون له الربع معه فصار للزوج حالتان النصف والربع وفى شرح الطحاوى فرض الزوج ماذكرنا ولايزاد على النصف ولاينقص من الربع الا فى حالة العول قال محمد والواحد من الازواج والجماعة فى استحقاقهم سهم الازواج على السواء حتى ان جماعة لوادعوا نكاح امرأة ولم تكن المرأة فى بيت واحد منهم ولادخل بها واحد منهم لايعرف انهم أول فأقام كل واحد منهم البينة على نكاحها فماتت المرأة قبل أن يقضى القاضى بميراث غير زوج واحد ويكون بينهم بالسوية ذكر محمد المرأة فى كتاب النكاح ووضعها فى الرجلين قال رحمه الله ﴿وللزوجة الربع﴾

أى للزوجة نصف ماللزوج فيكون لها الربع حيث لا ولد ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الثمن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم واذا كثرن وقعت المزاحمة بينهن فيصرف عليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية فصار للزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد وفى شرح الطحاوى لا يزدن على الربع ولا ينقصن عن الثمن الا فى حالة العول هكذا حكم بيان أصحاب الفرائض من النساء الزوجات قال رحمه الله ﴿وللبنت النصف﴾ لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف قال رحمه الله ﴿وللاكثر الثلثان﴾ وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ علماء الامصار وعن ابن عباس انه جعل حكم الثنتين منهن حكم الواحدة فجعل لهما النصف لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع وصرح بقوله فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك والمعلق بشرط لا يثبت بدونه ولان الله تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الانثيين فعلم بذلك ان حظ البنتين النصف عند الانفراد وللجمهور ما روى عن جابر أنه قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك فى أحد شهيدا وان عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان الا بمال فقال يقضى الله فى ذلك فنزلت آية الميراث فارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما فقال أعط بنتى سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقى فهو لك وما تلى لا ينافى استحقاق البنتين الثلثين لان تخصيص الشئ بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه على ما عرف فى موضعه فعرفنا حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولان الجمع قد يراد به التثنية لاسيما فى الميراث على ما بينا من قبل فيكون المثنى مرادا بالآية وهو الظاهر ألا ترى ان الله تعالى لما بين حكم الجمع والمثنى جعل حكمهما كحكم الجمع فى الاخوات لاب وأم أو لاب أو لام فى استحقاق الثلثين أو الثلث وقوله ان البنتين يستحقان النصف مع الابن قلنا استحقاقهما ذلك عند الاجتماع لا يدل على استحقاقهما اياه عند الانفراد والواحدة تأخذ الثلث مع الابن عند الانفراد قال رحمه الله ﴿وعصبهما الابن وله مثل حظهما﴾ معناه اذا اختلط البنون والبنات عصب البنات فيكون للابن مثل حظهما فصار للبنات ثلاثة أحوال النصف للواحدة والثلثان للاثنين فصاعدا والتعصيب عند الاختلاط بالذكور قال رحمه الله ﴿وولد الابن كولده عند عدمه﴾ أى عند عدم الابن حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنتين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف والبنتين فصاعدا الثلثان فيعصبهن الذكر عند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله ﴿ويحجب بالابن﴾ أى ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم واناثهم فيه سواء لان الابن أقرب وهم عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع الابن وان كن لا يدلين به فان كان عمهن فهو مساو لاصلهن فيحجبهن كما يحجب أولاده لان ما ثبت لاحد المثلين ثبت لمساويه ضرورة قال رحمه الله ﴿ومع البنت لاقرب الذكور الباقى﴾ أى اذا كان مع بنت الميت الاصلية أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وان سفل أو المجموع كان الباقى بعد فرض البنت الصلبية لاقرب الذكور منهم لانه عصبة فيحجب الابعد وأطلق فى الذكور والمراد أولاد الابن وهذا المجموع انما يستقيم اذا لم تكن فى درجته بنت ابن وأما اذا كانت فى درجته بنت ابن فلا يكون الباقى من فرض البنت له واحدة اهـ قال رحمه الله ﴿وللاناث السدس تكملة للثلثين﴾ ومراده اذا لم يكن فى درجتهن ابن ابن وأما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه فلا يرثن السدس وانما كان لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود فى بنت وبنت ابن وأخت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين والباقى للاخت فبنات الابن لهن حالان سهم وتعصيب اذا لم يكن للميت ابن ولا ابنتان فصاعدا ولا ابن ابن فهى صاحبة سهم وسهم الواحدة النصف والثنتين فصاعدا فهن صاحبات الثلثين حيث لا ذكر فى درجتهن ولا يزدن على الثلثين وان كثرن هذا قول الصحابة رضى الله عنهم وعامة الفقهاء وان كان للميت ابنتان فلا شئ لبنت الابن الأن يكون فى درجتها أو أسفل منها ابن ابن فتصير عصبة له ويقسم ما بقى من المال بعد نصيب الابنتين بينهما للذكر مثل حظ الانثيين فقوله تكملة الثلثين دليل على انهن يدخلن فى لفظ الاولاد لان الله تعالى جعل للاولاد الاناث الثلثين فاذا أخذت الصلبية النصف بقى منه السدس فيعطى لها تكملة لذلك فلولا انهن دخلن فى الاولاد وفرضهن واحد لما صار تكملة له الأن الصلبية أقرب الى الميت فيتقدم عليهن بالنصف ودخولهن على انه عموم المجاز أو بالاجماع قال رحمه الله ﴿وحجبن ببنتين﴾ أى يحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين لان ارثهن كان تكملة للثلثين وقد كمل بثلثين فسقطن

اذ

اذ لا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا قال رحمه الله ﴿الا أن يكون معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم و يسقط من دونه﴾ أراد بقوله معهن أن يكون الغلام فى درجتهن سواء كان أخا لهن أو لم يكن وهذا مذهب على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وبه أخذ عامة العلماء وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال ليسقطن بنات الابن ببنتى الصلب وان كان معهن غلام ولا يقاسمهن وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالين بين السدس والمقاسمة فايهما أقل أعطين وتسمى هذه المسائل الاضرار على قول ابن مسعود وحجته فى ذلك ان بنات الابن بنات وفى ميراثهن أحد أمرين اما الفرض أو المقاسمة وفرضهن الثلثان والمقاسمة ظاهرة وليس لهن أن يجمعن فاذا استكملت البنات الثلثين فلو قاسمن لزم الجمع بينهما فلا يجوز واذا كانت الصلبية واحدة أخذت النصف وبقى من فرض البنات السدس فيأخذنه ان كن منفردات وان كن مختلطات مع الذكور كان لهن أقل الامرين من السدس والمقاسمة للتيقن به ولئلا تأخذ البنات أكثر من الثلثين ولا ميراث لهن مع الصلبيتين عند الانفراد فكذا عند الاجتماع كالعمة مع العم وابن الاخ مع أخته وللجمهور قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وأولاد الابن أولاد على ما بيناه من قبل فتشملهن الآية وقضية هذا أن يكون المال مقسوما بين الكل الا أنا عملنا فى حق أولاد الابن باول الآية وفى حق الصلبيتين أو الصلبية الواحدة بما بعدها وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولا شبهة وانما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى ان البنات الصلبيات ذوات فرض و بنات الابن فى هذه الحالة عصبات مع أخيهن وصاحب الفرض اذا أخذ فرضه خرج من البين فكأنه لم يكن فصار الباقى من الفرض لجميع المال فى حق العصبة فتشاركه ولا يخرجن من العصوبة كما لو انفرد ألا ترى ان صاحب الفرض لو كان غير البنات كالابوين وأحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات بخلاف العمة مع العم و بنات الاخ مع أخيها لانهن يصرن عصبة معهما مطلقا سواء كان معهن صاحب فرض أو لم يكن فلا يلزم من انتفاء العصوبة فى محل لا يقبلها انتفاؤها فى محل يقبلها وأخذهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور ألا ترى انهن يأخذن بالمقاسمة عند كثرتهن بان ترك أربعين بنتا ثم الاصل فى بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان أقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتى تليها فى القرب بمنزلة بنات الابن وهكذا يفعل وان سفلن مثاله ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض بهذه الصورة

ميت

ابن	ابن	ابن
ابن	ابن	ابن
بنت ابن	بنت ابن	ابن ابن
بنت ابن	بنت ابن	بنت ابن
	بنت ابن	بنت
		بنت ابن

فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها أحد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الاول يوازيها من العليا الفريق الثانى فيكون لها السدس تكملة للثلثين ولا شئ للسفليات الا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ممن لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى فى الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثانى والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان الغلام من السفليات من الفريق الثانى عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض والمعنى ما ذكرنا ان العليا تنزل منزلة البنت والباقى منازل بنات الابن ولو كان الابن مع العليا من الفريق الاول عصب أخته وسقطت البواقى كما ذكرنا فى الاولاد وهذا النوع منه من مسائل تسمى فى عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن اذ ذكرن مع اختلاف الدرجات وهو اما مشتق من قولهم تشبب فلان بفلانة اذا أكثر من ذكرها فى شعره وتشبب القصيدة يحسنها ويرتبها بذكر البناء أو من شبب النار اذا أوقدها فالفرس تشب شبا اذا رفع يديه جميعا وأشببه أنا اذا أصحته بذلك لانه خروج وايقاع يقال أشب النار من درجة الى آخر كحال الفرس فى تراويه أى وشبابته فصار لبنات الابن أحوال ست الثلاثة المذكورة فى البنات والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا أن يكون معهم غلام قال رحمه الله ﴿والاخوات لاب وأم كبنات الصلب عند عدمهن﴾ أى عند عدم البنات و بنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الاخوة لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا أن للاخت لاب وأم حالين سهم وتعصيب اذا لم

يكن للميت ولد ولا ولد ابن ابن وان سفل ولا جد أب الاب وان علا والاخوات لاب وأم سهم الواحدة النصف وسهم الاثنين فصاعدا الثلثان ولا يزاد على الثلثين وان كثرن فان كان له جد أب الاب فالجد عند أبى حنيفة يحجب الاخوات كلها كالاب وعندهما لا تحجب وان كان الميت ابنا أو ابنة ابن فالاخت فى هذه الحالة عصبة تأخذ النصف بنت الابن فرضها النصف فتصير عصبة مع البنت ومع بنت الابن وكذلك اذا كان معها فى درجتها أخ ذكر لأب وأم يصير عصبة وفى الكافى ومع الاخ لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين والاخت لاب كاولاد الابن مع الصلبية بالاجماع للواحدة النصف وللاكثر الثلثان عند عدم الاخوة لاب وأم ولهن السدس مع الاخت لاب وأم تكملة الثلثين ولهن الباقى مع البنات أو مع بنات الابن وفى الظهيرية والتشبب فى ميراث الاخوة والاخوات رجل مات وترك ثلاثة اخوة متفرقين بان مات وخلف أخوين لاب وأم وأربعة اخوة لاب وأربعة اخوة لام فللاخوة لام الثلث والباقى للاخوة لاب وأم ولا شئ للاخوة للاب ولو ترك أختين لاب وأم وأربع أخوات لاب وأربع اخوة وأربع أخوات لام على التخريج الذى بينا فيكون الثلثان بين الاخوة والاخوات لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين واذا مات الرجل وترك ابنة أو أختا لاب وأم فللابنة النصف والباقى للاخت من قبل الاب والام بالعصوبة واذا ماتت المرأة وتركت زوجها وأختا لاب وأم فللزوج النصف وللاخت النصف بالفريضة ولو كانتا أختين فلهما الثلثان و يعول الحساب ولا يكون لهما الباقى لان الاخت لا تصير عصبة الا فى ثلاث مواضع أحدها الاخوات مع البنات عصبات والثانى اذا خالط الاناث ذكر صرن عصبة والثالث الاخ مع الام والاب والجد حال عدم الاب قال رحمه الله ﴿وللاب كبنات الابن مع الصلبيات﴾ حتى يكون للواحدة من الاخوات لاب النصف عند عدم الاخوات لاب وأم وللبنتين الثلثان فصاعدا ومع الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين ومع الاخت الواحدة لاب وأم السدس تكملة للثلثين لها و يسقطن بالاختين لاب وأم الا ان يكون معهن آخر لاب فيعصبهن لما تلونا و بينا و يأتى فيهن خلاف ابن مسعود رضى الله عنه فى مقاسمة الاخوة بعد فرض الاختين لاب وأم والكلام فى الاخوات كالكلام فى البنات والنص الوارد فيهن كالنص الوارد فى البنات فاستغنينا عن البحث فيهن بالبحث فى البنات لان طريق البحث فيهما واحد قال رحمه الله ﴿وعصبهن اخوتهن﴾ يعنى يعصب الاخوات لاب وأم أو لاب اخوتهن يعنى الموازى لهن والاخوة ليس بقيد وكذا يعصبهن الجد عند عدم الاخ الموازى لهن فيقاسمها الجد وفى كشف الغوامض ولا يعصب الشقيقة الاخ لاب اجماعا لانها أقوى منه فى النسب بل تأخذ فرضها ولا يعصب الاخت لاب أخ شقيق بل يحجبها لانه أقوى منها اجماعا اهـ دليله قوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء الآية قال رحمه الله ﴿والبنت وبنت الابن﴾ يعنى يعصب الاخوات البنت وبنت الابن لقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وورث معاذ رضى الله عنه البنت النصف والاخت النصف ورسول الله صلى الله عليه وسلم حى يومئذ وروى انه صلى الله عليه وسلم قضى فى ابنة وابنة ابن وأخت للبنت النصف ولابنة الابن السدس والباقى للاخت وجعل المصنف البنت ممن يعصب الاخوات وهو مجاز وفى الحقيقة لا تعصبهن وانما يصرن عصبة معها لان البنت بنفسها ليست بعصبة فى هذه الحالة فكيف تعصب غيرها بخلاف الاخوة على ما يجىء عن قريب وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله عنهم وروى عن ابن عباس انه أسقط الاخوات بالبنت واختلفت الرواية عنه فى الاخوة والاخوات فى رواية عنه الباقى كله للاخوة وفى رواية الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك لو كان مع البنت أخت لاب وأم وأخ وأخت لاب فى رواية الباقى للاخ وحده وفى رواية عنه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين هو احتج بقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك فارثها مشروط بعدم الولد واسم الولد يشمل الذكر والانثى ألا ترى ان الله تعالى حجب الزوج من النصف الى الربع والزوجة من الربع الى الثمن بالولد والام من الثلث الى السدس واستوى فيه الذكر والانثى وللجمهور ما روينا واشترط عدم الولد فيما تلا انما كان لارثها النصف أو الثلثين بطريق الفرض ونحن نقول انها لا ترث مع البنت فرضا وانما ترث على انها عصبة و يحتمل أن يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله وهو يرثها ان لم يكن لها ولد يعنى أخاها يرثها ان لم يكن لها ولد ذكر لان الامة اجتمعت على ان الاخ يرث تعصيبا مع الانثى من الاولاد أو نقول اشتراط عدم الولد انما كان لارث الاخ جميع مالها وذلك يمتنع بالولد وان كان أنثى قال رحمه الله ﴿وللواحد من ولد الام السدس وللاكثر الثلث ذكورهم واناثهم سواء﴾ لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة قوله وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث والمراد به أولاد الام لان أولاد الام والاب مذكورون فى آية النصف على ما ذكرنا من قبل وهذا

قراها

قرأها بعضهم وله أخ أو أخت لام واطلاق الشركة يقتضى المساواة كما اذا قال شريكى فلان فى هذا المال أو قال له شركة لان الله تعالى سوى بينهما حالة الانفراد فدل ذلك على استوائهما حالة الاجتماع وفى المضمرات ولو ترك ابنى عم أحدهما أخ لام فله السدس والباقى بينهما وصورته ان يكونوا اخوة لام وأب أو لاب فقط ولكل منهما امرأة وابن منها ثم ان الاكبر طلق امرأته أو مات عنها فتزوج بها الاصغر فولدت له ابنين ثم مات الاصغر والاكبر ثم مات ابن الاكبر فقد مات عن ابنى عم أحدهما أخ لام فاصل المسئلة من ستة وتصح من اثنى عشر وللاخ من الام سبعة سهمان فرض وخمسة بالتعصيب قال رحمه الله ﴿وحجبن بالابن وابنه وان سفل وبالاب وبالجد﴾ أى الاخوات كلهن يحجبن بهؤلاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد وان علا وكذا الاخوة يحجبون بهم لان ميراثهم مشروط بالكلالة واختلفوا فى الكلالة هل هى صفة للميت أو للورثة أو للتركة وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها وأيا ما كان يشترط لتسميته به عدم الوالد والولد للميت فيسقطون بهم والكلالة مشتقة من الاحاطة ومنه الاكليل لاحاطته بالرأس وكذا الكلالة من أحاط بالشخص من الاخوة والاخوات فقيل أصلها من البعد يقال كلت الرحم بين فلان وفلان اذا تباعدت ويقال حمل فلان على فلان ثم كل عنه أى تركه وبعد عنه وغير قرابة الولاد بعيدة بالنسبة الى الولاد قال الفرزدق فى شعر

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة * عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

قال رحمه الله ﴿والبنت تحجب ولد الام فقط﴾ يعنى البنت تحجب الاخوة والاخوات من الام ولا تحجب الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب لان شرط ارث ولد الام الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم وكذا بنت الابن لان ولد الابن يقوم مقامه فان قيل وجب ان لا ترث الاخوة والاخوات لاب وام أو لاب فقط مع البنت وبنت الابن لان شرط ارثهم الكلالة قلنا الكلالة شئ شرطت فى حق ارثهن النصف أو الثلثين ولا ترث الكل بالعصوبة فاذا انتفت الكلالة انتفى هذا الارث المشروط بها فيستحقون الارث المشروط بالعصوبة مع البنت بنص آخر كما بينا بخلاف أولاد الام فان جميع ارثهم مشروط بالكلالة فينتفى بعدمها فصار للاخوات لاب وام خمس حالات النصف للواحدة والثلثان للاكثر والتعصيب باخيهن والتعصيب مع البنات والسقوط مع الابن وللاخوات للاب سبعة أحوال الخمسة المذكورة والسدس مع الاخت الواحدة من الاب والام والسقوط باثنتين من الاخوات من الابوين كما تقدم وللاخوات للام ثلاثة أحوال السدس للواحدة والثلث للاكثر والسقوط كما ذكرنا قال رحمه الله ﴿وعصبة﴾ وهى معطوف على قوله فى أول الكتاب ذو فرض فيكون معطوفا على الخبر فيكون خبرا قال رحمه الله ﴿أى من يأخذ الكل اذا انفرد﴾ وما أبقته أصحاب الفروض وهذا رسم وليس بحد لانه لابد ان يعرف الورثة كلهم ولا يعرف العصبة الا بعد ان يعرفهم كلهم فنقول العصبة نوعان عصبة بالنسب وعصبة بالسبب فالعصبة بالنسب ثلاثة أنواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل فى نسبته الى الميت انثى وعصبة بغيره وهى كل انثى فرضها النصف أو الثلثان يصرن عصبة باخواتهن كما تقدم وعصبة مع غيره وهى كل انثى تصير عصبة مع انثى أخرى كالبنات مع الاخوات والسبب نوعان مولى العتاقة ومولى الموالاة وسيأتى بيانه وفى المضمرات والعصبة أربعة أصناف عصبة بنفسه وهو جزء الميت وأصله وجزء أبيه وجزء جده الاقرب وعصبة بغيره وهى كل انثى تصير عصبة بذكر يوازيها كالبنت مع الابن وفى الذخيرة وبنت الابن مع ابن الابن وكالاخت لاب وأم مع الاخ لاب وأم وعصبة مع غيره وهى كل انثى تصير عصبة مع انثى أخرى كالاخوات لاب وأم أو لاب مع البنات وبنات الابن واذا صار الشخص عصبة بغيره فذلك الغير لا يكون عصبة فاما الكلام فى العصبة بنفسها فتقول أولى العصبات بالميراث الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الاب وفى المضمرات وانما كان الابن أقرب من الاب وان استويا فى الجزئية وفى انعدام الواسطة لان الجزئية للابن آخرهما أو كان قاضيا على الاول ثم الجد أب الاب وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم لاب وابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم بنوهما وان علوا على هذا الترتيب ثم مولى العتاقة وفى شرح الطحاوى ثم عم الجد لاب وأم ثم عم الجد لاب وكذلك أولادهم على هذا الترتيب ثم مولى العتاقة ثم آخر العصوبة مقدم على ذوى الارحام وفى الكافى الاحق فرع الميت أى البنون ثم بنوهم وان سفلوا وفى المضمرات ولو أردت معرفة القرب فاعتبر كل نوع أصل واتصال الاخ باخيه بواسطة واحدة واتصال العمومة بواسطتين عرفنا ان الاخ أقرب من العم وأما الكلام فى العصبة بغيرها فصورتها ما ذكرنا وهو كل انثى تصير عصبة بذكر كبنت الابن مع ابن الابن وكالاخت لاب وأم أو لاب مع أخيها وهذا الحكم فى الاخوة مع الاخوات مقصور على أخوات من جملة أصحاب الفروض وتصير عصبة بذكر يوازيها وفى الكافى وأما العصبة بغيره فاربع من النسوة وهن اللاتى فرضهن النصف

والثلاثان يصرن عصبة باخوتهن ومن لا فرض لها من الاناث وأخوها عصبة لا تصير عصبة بأخيها كالعم والعمة فالمال كله للعم دون العمة ولابن العم دون الابنة وكبنت الاخت وابن الاخ المال كله لابن الاخ بيانه اذا هلك الرجل وترك ابن أخ لاب وأم وبنت لاخ لاب وأم فالمال كله لابن الاخ ولاشئ لبنت الاخ لانها من جملة ذوى الارحام وليست من جملة أصحاب الفرائض فلم تصر عصبة وأما بنت الابن فانها تصير عصبة بذكر يوازيها وفى الذخيرة على كل حال يوازيها وتصير عصبة بذكر أسفل منها اذا لم يصل اليها فرضها وأما الكلام فى العصبة مع غيره فصورتها كما ذكرنا وبيان ذلك من المسائل اذا هلك الرجل وترك بنتا وأختا لأب وأم أو لأب وأخا كذلك فللبنت النصف والباقى بين الأخ والأخت أثلاثا وقد قدمناه اذا اجتمعت العصبات وبعضها عصبة بنفسها وبعضها عصبة بغيرها وبعضها عصبة مع غيرها فالترجيح منها بالقرب الى الميت بيانه اذا مات وترك بنتا وأختا لأب وأم وابن الأخ لاب فنصف المال للبنت والنصف للاخت ولاشئ لابن الأخ لان الأخت عصبة مع البنت وهى الى الميت أقرب من ابن الأخ وكذلك اذا كان مكان ابن الأخ عم طريقه ماقلنا فى الناسخ واذا استوى ابنان فى درجة من العصبات وفى أحدهما قرابة زائدة فهى أولى الا ان يكون الأخ أقرب الى الميت مثال القرابة الزائدة أخ لأب وأم وأخ لأب فالأخ من الأب وأم أولى ومثال السبق أخ لأب وابن أخ لأب وأم فالاخ أولى لانه أسبق الى الميت واذا اجتمع عدد من العصبات فالمال بينهم على عدد رؤسهم لا على الجهات مثاله عشر ابن أخ وابن آخر فالمال بينهم على أحد عشر سهما لا على سهمين هذا الذى ذكرناه كله فى العصبة من جهة النسب قال رحمه الله ﴿والاحق الابن ثم ابنه وان سفل﴾ وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال سبحانه وتعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقررا فتعين الباقى له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن وان سفل كالابن على ما بينا لانه يقوم مقامه فيقدم عليه أيضا ومن حيث المعقول ان الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولاجله يدخر ماله عادة الا أنا صرفنا مقدار الفرض الى أصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقى على قضية الدليل وكان ينبغى ان يقدم البنت أيضا عليه وعلى كل عصبة الا ان الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقى لاولى رجل قال رحمه الله ﴿ثم الاب ثم أب الاب وان علا﴾ أى ثم أولاهم بالعصوبة أصول الميت وان علوا وأولاهم به الاب لان الله تعالى شرط الارث للاخوة بالكلالة وهو الذى لا ولد له ولا والد على ما بينا فعلم بذلك انهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذا كان ذلك مع الاخوة وهم أقرب الناس اليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك بمن هو أبعد منه كاعمامهم وأعمام أبيه والجدات ألا ترى أنه يقوم مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول أبى بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبى موسى الاشعرى وأبى الدرداء وأبى الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وجماعة آخرين منهم رضى الله عنهم وبه أخذ أبو حنيفة قال رحمه الله ﴿ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب﴾ وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فعلم بذلك انهم يقدمون على الاعمام لانهم جزء الجد وانما قدم الاخ لاب وأم لانه أقوى نسبا من الجانبين فكان ذا قرابتين أولى من بنى العلات وكذا الاخت لام وأب تقدم اذا صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا ولهذا يقدم فى الفرض فكذا فى العصوبة قال رحمه الله ﴿ثم الاعمام ثم أعمام الاب ثم أعمام الجد على الترتيب﴾ أى أولاهم بالميراث بعد الاخوة أعمام الميت لانهم بعد ذلك جزء الجد فكانوا أقرب وقد قال صلى الله عليه وسلم الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ثم أعمام الاب لانهم أقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم أعمام الجد لانهم أقرب بعدهم وقوله على الترتيب أى على الترتيب الذى ذكرنا فى الاخوة وهو أن يقدم العم لاب وأم على العم ثم العم لاب على ولد العم لاب وأم وكذا يعمل فى أعمام الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء فى الدرجة وعند التفاوت فى الدرجة يقدم الاعلى قال رحمه الله ﴿ثم المعتق﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أعتق عبدا ان مات ولم يدع وارثا كنت عصبة له قال فى التعصيب من جهة النسب فهو نوعان مولى العتاقة ومولى الموالاة أما الكلام فى مولى العتاقة فنقول تكلم المشايخ فى سبب استحقاقه الارث قال بعضهم شبيه الاعتاق والنص يشهد له قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وقال بعضهم شبيه الملك على المعتق وهو الصحيح ألا ترى ان من ورث قريبه حتى عتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق ههنا وفى المضمرات لا يباع الولاء ولا يوهب لانه ليس بمال وفى الزيادات

ومن

ومن الناس من أجازهبته والصحيح ماقلنا ويكون لاقرب الناس عصبة من المعتق حتى لو مات مولى العتاقة وترك ابنه وبنته ثم المعتق فميراثه لابن المعتق ولاشئ لبنت المعتق وكذلك اذامات مولى العتاقة وترك أباوابنا ثم مات المعتق كان ميراثه لابن المعتق ولاشئ لأبيه لان الابن أقرب العصبات اليه فالحاصل أن الولاء نفسه لايورث بل هو للمعتق على حاله ألاترى أن المعتق ينسب بالولاء الى المعتق دون أولاده فيكون استحقاق الارث بالولاء لمن هو منسوب اليه حقيقة ثم يخلفه فيه أقرب عصبة كما يخلف فى ماله فينظر الى موت المعتق اذ مولى العتاقة لو كان حيافى هذه الحالة ومات من يرثه من عصباته وهو أقرب الناس اليه فيرث ذلك الشخص من المعتق وفى الذخيرة وهذا الذى ذكرنا أن الولاء لايورث ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبى يوسف أنه يورث ويقسم بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين وهكذاروى عن عبدالله بن مسعود فى رواية وبه أخذ ابراهيم النخعى وشريح القاضى واذامات المعتق ولم يترك الا بنت المعتق فلاشئ لها فى ظاهر الرواية عن أصحابنا ويكون الميراث لبيت المال وحكى عن بعض مشايخنا أنهم كانوا يفتون فى هذه المسئلة ان يدفع المال اليها لابطريق الارث ولكن لانها أقرب الى الميت من بيت المال كيف وانه ليس فى زماننا بيت المال وانما كان كذلك فى زمن الصحابة واذادفع ذلك الى سلطان الوقت أو القاضى لايصرفون الى مصرفه هكذا كان يفتى القاضى أبو بكر وصدر الشريعة وذكر الامام عبد الواحد الشهيد فى فرائضه أن الفاضل عن سهام الزوج والزوجة لايوضع فى بيت المال بل يدفع اليهما لانهما أقرب الى الميت من جهة النسب وكان الدفع اليهما أولى من غيرهما وكذلك الابن والابنة من الرضاع اذا لم يكن للميت غيرهما يدفع المال اليهما وعصبة المعتق ترث أما عصبة الورثة لايرث مثاله امرأة أعتقت عبدا ومات وتركت ابنا وزوجا ثم مات المعتق فالميراث لابن المعتق لانه عصبتها ولو كان الابن مات وترك أباه وهو زوج المعتقة لايرث لان أب الابن ليس عصبة المعتق واذا أعتق الرجل عبدا ثم أعتق المعتق الثانى عبدا ثم مات المعتق الثالث وترك عصبة المعتق الاول لاغير يرث منه ولو أن امرأة اشترت أباها حتى أعتق عليها ثم مات الاب وترك هذه المشترية وبنتا أخرى فميراث المعتق أثلاثا وكان الثلثان بينهما على السوية بحكم الفرض والثلث الآخر للمشترى بحكم الولاء وكثير من هذا الفصل قدم فى كتاب الولاء وأما الكلام فى ولاء الموالاة فنقول تفسير ولاء الموالاة ان يسلم الرجل على يد رجل فيقول للذى أسلم على يديه أولغيره واليتك على أنى ان مت فميراثى لك وفى شرح الطحاوى ان مت ولم يكن لى وارث لامن جهة الفريضة ولامن جهة العصبة ولامن جهة ذوى الارحام فميراثى لك وان جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر فهذا هو تفسير ولاء الموالاة فاذاجنى الاسفل جناية فعقله على عاقلة المولى الاعلى واذامات الاسفل يرث منه المولى الاعلى وان مات لايرث منه المولى الاسفل ولاتثبت هذه الاحكام بمجرد الاسلام بدون عقد الموالاة واذامات الاسفل فميراث الاسفل لاقرب الناس عصبة الى الاعلى كمافى ولاء العتاقة ولكل واحد منهما ان ينقض عقد الموالاة وليس له ان يجعل الولاء الى غيره فانه لو قال جعلت ولائى لفلان لايصير له والاسفل له أن يتحول بالولاء الى غيره فان له أن يوالى مع آخر وينقض العقد مع الاول وان والى مع غيره ينتقض الاول وان كان الموالاة مع غيره بغيبة الاعلى وفى الذخيرة وولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من وجوه أحدها ان فى العتاقة يرث الاعلى من الاسفل ولايرث الاسفل من الاعلى وان شرطوا ذلك فى ولاء الموالاة يعتبر شرطهما حتى لو شرطا يرث كل واحد منهما كما شرطا والثانى ان ولاء الموالاة يحتمل النقض وولاء العتاقة لايحتمل والثالث أن ولاء العتاقة مقدم على ذوى الارحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوى الارحام المولى الاسفل اذا أقر بأخ أو ابن عم ثم مات فميراثه لمولى الموالاة فقد صح منه عقد الموالاة ولم يصح منه الاقرار بالأخ وابن العم قال رحمه الله ﴿ثم عصبته على الترتيب﴾ أى عصبة المولى ومعناه اذا لم يكن للمعتق من النسب على الترتيب الذى ذكرنا فعصبته مولاه الذى أعتقه فان لم يكن مولاه فعصبته عصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذى ذكرناه بان يكون جزء المولى أولى وان سفل ثم أصوله ثم جزء أبيه ثم جزء جده يقدمون لقوة القرابة عند الاستواء أو بعلو الدرجة عند التفاوت قال رحمه الله ﴿واللاتى فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة باخوتهن لاغير﴾ وهن أربع من النساء البنات وبنات الابن والاخوات لاب وأم والاخوات لاب وغيرهن لايصرن عصبة باخوتهن وقد بيناه فى بيان ميراثهن وقوله باخوتهن هذا فى البنات والاخوات ظاهر لان عصبتهن تقتصر عليهم وأما بنات الابن فانهن يصرن عصبة بابناء أعمامهن أيضا وان سفل كما ذكرنا فى مسائل النسب فيكون معناه فى حقهن باخوتهن أو من له حكم اخوتهن والمصنف ذكر حكم العصبات هنا واستوفاه الا العصبة مع غيره وهن الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن لانه ذكرهن

فيما تقدم وقد شرحناه هناك فلا نعيده وانما جعلهن مع البنات عصبة بغيرهن ومع اخوتهن عصبة لان ذلك الغير وهو البنات شرط ليصير ورثتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان نفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما اذا كن مع اخوتهن لان الاخوة بأنفسهن عصبة فيصرن به عصبة تبعا قال رحمه الله ﴿ومن يدلى بغيره يحجب به﴾ أى بذلك الغير سوى ولد الام فانه يدلى بالام ولا تحجبه بل هى تحجب بالاثنين منهم من الثلث الى السدس على ما بينا وانما لا تحجبه الام لانها لا تستحق جميع التركة ولا يرث هو ارثها لانها ترث بالولادة وهو بالاخوة فلا يتصور الحجب فيه بخلاف الجد حيث يحجب الاخوة والاخوات كلهم لانه يستحق جميع التركة و بخلاف الجدة حيث تحجب بالام لانها ترث ميراث الام والام به أولى منها لانها أقرب و بخلاف الاب حيث يحجب الجد والجدة والاخوة والاخوات كلهن لانه يستحق جميع التركة وكذلك الابن يحجب ابنه لما ذكرنا و يكون الحاجب أقرب كالاعمام يحجبون بالاخوة و بأولادهم وكأولاد الاعمام والاخوة يحجبون بأعلى درجة منهم قال رحمه الله ﴿والمحجوب يحجب كالاخوين أو الاختين يحجبان الام من الثلث الى السدس مع الأب﴾ وهما لا يرثان معه لان ارث الاخوة مشروط بالكلالة وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة وروى عن ابن عباس فى أب وأم وثلاث أخوات للام السدس وللأخوات السدس وما بقى للاب فجعل للاخوة ما نقص من نصيب الام و بيان آية الكلالة تمنع من ذلك وآية حجب الام بهم أيضا لا توجب لهم ما نقص من نصيبها فيحجبونها من غير ان يحصل لهم شئ قال رحمه الله ﴿لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين أو الدار﴾ أى لا يحجب المحروم بهذه الاشياء أحدا وعند ابن مسعود يحجب حجب النقصان كنقص نصيب الزوجين والام بالولد المحروم بما ذكرنا لان الله تعالى ذكر الولد مطلقا ونقص به نصيبهم من غير فصل بين ان يكون وارثا أو محروما وكذا نقص نصيب الام بالاخوة مطلقا من غير فصل فيترك على اطلاقه ولا يحجب حجب الحرمان لانه لو حجب هذا الحجب وهو لا يرث لادى الى دفعه الى بيت المال مع وجود الوارث أو الى تضييقه لان بيت المال أيضا لا يرث مع الابن أو الاخوة وجه قول الجمهور أن المحروم فى حق الارث كالميت لانه حرم لمعنى فى نفسه كالميت ثم ان الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان والنصوص التى توجب نقصان ارثهم لا نسلم أنها مطلقة لان الله تعالى ذكر الاولاد أولا وأثبت لهم ميراثا ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف الى المذكورين أوّلا وهم المتأهلون للارث وهذا لان المحروم اتصلت به صفة تسلب أهلية الارث فالحقته بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فانه أهل فى نفسه الا أن حاجبه عليه على ارثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله فى حق غيره وانما ذكر سبب الحرمان بقوله لا المحروم بالرق الخ ليبين الاسباب المانعة من الارث فان الرق يمنع الارث لان الرقيق لا يملك شيأ قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ وقال صلى الله عليه وسلم لا يملك العبد الا الطلاق ولا فرق فى ذلك بين أن يكون قنا وهو الذى لم ينعقد له سبب الحرية أصلا و بين أن ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد ومعتق البعض عند أبى حنيفة لان المعنى يشمل الكل وهو عدم تصور الملك لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقى عليه درهم على ما جاء فى الخبر فلا يكون أهلا للارث والقتل الذى يمنع الارث هو الذى يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو قصاص لا يوجب الحرمان لان حرمة الارث عقوبة فتتعلق بما تتعلق به العقوبة وهو القصاص والكفارة والشافعى يعلقه بمطلق القتل حيث لا يرث عنده اذا قتله بقصاص أو رجم أو كان القريب قاضيا فحكم بذلك أو شاهدا فشهد به أو باغيا فقتله أو شهر عليه سيفا فدفعه كل ذلك يمنع الارث عنده وهذا لا معنى له لان القاتل أوجب عليه قتله أو جاز له قتله فى هذه الصورة فكيف وجب عليه العقوبة بعد ذلك ولهذا لا يتعلق بسائر القتل سائر العقوبات فكذا الحرمان والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل شئ من الميراث هو القتل بالتعدى دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل ميراث بعد كصاحب البقرة أى قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعديا واحترز بقوله مباشرة عن القتل بالتسبب واختلاف الدين أيضا يمنع الارث والمراد به الاختلاف بين الاسلام والكفر بقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعباد الوثن فلا يمنع الارث حتى يجرى الميراث بين اليهودى والنصرانى والمجوسى لان الكفر كله ملة واحدة وقال عليه الصلاة والسلام الناس كلهم خير ونحن خير واختلاف الدارين يمنع الارث والمؤثر هو الاختلاف حكما حتى لا تعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجرى الارث بين المستأمن والذمى فى دارنا ولا فى دار الحرب و يجرى بين المستأمن و بين من هو فى داره لان المستأمن اذا دخل الينا أو اليهم

من أهل داره حكما وان كان فى غيرها حقيقة والدار انما تختلف باختلاف المنفعة والملك كدار الاسلام ودار الحرب أودارين مختلفين من دار الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم والارث يكون بالولاية قال رحمه الله ﴿والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم﴾ لانه مختار مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة لملك كالمسلم ولانه بعقد الذمة التحق بالمسلم فى المعاملة فيملك بالاسباب الموضوعة كالمسلم فيكون حكمه فى ذلك كحكم المسلم قال رحمه الله ﴿ولو بجب أحدهما فبالحاجب﴾ يعنى لواجتمع فى الكافر قرابتان لو تفرقا فى شخصين يحجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب وان لم يحجب يرث بالقرابتين كما اذا تزوج المجوسى أمه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت على انه ابن ولا يرث على انه ابن ابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت بنتا مكان الولد ترث الثلثين النصف على انها بنت والسدس على انها بنت ابن ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من أمها النصف على انها بنت وترث الباقى على انها عصبة لانها أختها من أبيها وهى عصبة مع البنت وان مات أبوها ترث النصف على انها بنت ولا ترث على انها بنت البنت لانها من ذوى الارحام فلا ترث مع وجود ذى سهم وعصبة وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وفى رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت انه يرث بأثبت القرابتين أو آكدهما أى أقواهما وبه أخذ مالك والشافعى رحمهما الله والصحيح الاول لان فيه اعمال السبب ولا يجوز ابطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد فيأخذ بالجهتين ألا ترى ان المسلم يرث بالجهتين اتفق له ذلك بان ماتت المرأة وتركت ابن عمها وهو زوجها أو أخوها من أمها فانه يأخذ بالفرض والعصوبة فكذا الكافر اذ هو لا يخالف المسلم فى سبب الملك كالشراء وغيره بخلاف الاخ من الاب والام حيث لا يرث الا بالعصوبة ولا يرث بالفرض على انه أخ من أم لانه ليس فيه اختلاف الجهة لانه يرث بالاخوة وهى جهة واحدة فلا يصلح الاستحقاق بهما الا للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه فى القوة كالاخ للاب قال رحمه الله ﴿لا بنكاح محرم﴾ أى لا يرث الكافر بنكاح محرم كما اذا تزوج مجوسى بامه أو غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح أما عندهما فظاهر لان النكاح لا يصح وأما عند أبى حنيفة فانه ولو كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا اسلما فكان كالفاسد وفى المضمرات اعلم بان الكفار يتوارثون فيما بينهم بالاسباب التى يتوارث بها المسلمون من نسب أو سبب أو نكاح ولا خلاف انهم لا يرثون بالانكحة التى لا تصح بين المسلمين بحال نحو نكاح المحارم بسبب أو رضاع ونكاح المطلقة قبل التزوج بزوج آخر واختلفوا فى التوريث بحكم النكاح فى العدة والنكاح بغير شهود قال زفر لا يتوارثون وقال أبو حنيفة يتوارثون وقال أبو يوسف يتوارثون فى النكاح بغير شهود ولا يتوارثون بالنكاح فى العدة وهذا بناء على اختلافهم فى تقريرهم على هذه الانكحة اذا أسلموا وقد بيناه ذلك فى النكاح ولا خلاف بين أصحابنا ان الكافر الحربى لا يرث الذمى سواء كان الحربى مستأمنا فى دارنا أو فى دار الحرب وأهل الذمة يرث بعضهم بعضا وان اختلفت صورة مللهم عند عامة الصحابة لان الكفر كله ملة واحدة فجعلوا اليهود والنصارى ملة وكان أبو حنيفة وأصحابه يورثون أهل الحرب بعضهم من بعض اذا كانوا من أهل دار واحدة وان اختلفت الداران لم يورثوا وتفسير اختلاف الدارين أن يكونا ملكين فى موضعين ويرى كل واحد قتل الآخر وان اتفقت الملل وهذا بخلافنا فان أهل العدل مع أهل البغى يتوارثون فيما بينهم لان دار الاسلام دار الاحكام فباختلاف الملك والمنفعة لا تتغير الدار فيما بين المسلمين لان أحكام الاسلام تجمعهم وأما دار الحرب فليست بدار الاحكام بل هى دار قهر وباختلاف الملل تختلف الدار بينهم واختلاف الدارين يقطع التوارث وكذلك اذا خرجوا الينا بامان يعنى أهل الدارين المختلفين بينهم من أهل الحرب وان كانوا مستأمنين فيجعل كل واحد منهم فى الحكم كانه فى البقعة التى خرج منها بامان بخلاف ما اذا صاروا ذمة لاهل الاسلام يتوارثون فيما بينهم بعد ذلك كما لو أسلموا فانه يجرى التوارث بعدما مات بينهم وان اختلفت منعتهم فى حالة الكفر جئنا الى المسائل ذمى مات وخلف ورثة فى دار الحرب فماله فئ سواء كانت الورثة فى دار الحرب أو فى دار الاسلام معاهدين ولو مات اليهودى وترك ابنا يهوديا فى دار الاسلام يؤدى الجزية وابنا له فى دار الحرب فالمال كله للابن اليهودى الذى يؤدى الجزية فى دار الاسلام ولو مات يهودى من أهل الحرب وهو مستأمن فى دار الاسلام وترك ابنا مستأمنا فى دار الاسلام وابنا ذميا وابنا حربيا وابنا مسلما فالمال على قول أهل العراق بين الابن المعاهد والحربى لان المعاهد بمنزلة الحربى عندهم فيرث منه الحربى ومن هو مثله وهو المعاهد ولو مات يهودى من أهل الذمة وخلف ابنا يهوديا وابنا نصرانيا فعلى قول من يورث أهل الذمة بعضهم من بعض وان اختلفت صور مللهم المال بينهما نصفان وعلى قول من يقول بان اليهود ملة والنصارى ملة

المال للابن اليهودى وأما ميراث المجوسى فيما بينهم يبنى على أصول ثلاثة أحدها انهم لا يتوارثون بالانكحة الفاسدة فيما بينهم وانما يتوارثون بالانكحة الصحيحة والفاصل ان كل نكاح لو أسلما تركا على ذلك فهو نكاح صحيح ولو أسلما لم يتركا فهو نكاح فاسد والثانى أن النسب فيما بينهم يثبت بالانكحة الفاسدة ويتوارثون فيما بينهم بذلك النسب وان كانوا لا يتوارثون بذلك النكاح الثالث ان كل من يدلى الى الميت بسببين أو ثلاثة فانه يرث بجميع ذلك الا اذا كان أحد السببين يحجب الآخر فحينئذ يرث بالحاجب وقد قدمناه ولو تزوج بامه أو بابنته أو باخته فمات أحدهما لا يرث الآخر وهذا الجواب على أصل أبى يوسف ومحمد ظاهر لان نكاح المحارم فيما بينهم فاسد عندنا وان كانوا يدينون جوازه ولهذا قالا اذا طلبت النفقة من القاضى فالقاضى لا يفرض النفقة واذا دخل بها سقط احصانه حتى لا يحد قاذفه لو قذفه انسان بعد ما أسلم ولو طلب أحدهما التفريق فالقاضى يفرق وذلك لا يشكل على قول أبى حنيفة على ما هو مختار مشايخ العراق وان كان نكاح المحارم فاسدا عند أبى حنيفة فاستدلوا لذلك بفصل عدم حرمان الارث بينهما وانما يشكل على قول مشايخ ماوراء النهر فانهم يقولون بان نكاح المحارم فيما بينهم جائز على قول أبى حنيفة ويقولون لو لم يكن النكاح جائزا عنده لما فرض لها النفقة ويستدلون أيضا بما لو دخل بها بعد النكاح انه لا يسقط احصانه عنده والعذر لمشايخ العراق فى فصل النفقة ان النفقة كما تجب بسبب النكاح فتجب بسبب الاحتباس فان ثمة لم يكن نكاح وان كان نكاحا فاسدا تؤخذ النفقة بسبب الاحتباس لا بسبب النكاح وبقاء الاحتباس بعد الدخول لا يدل على صحة النكاح عند أبى حنيفة لا محالة ألا ترى ان من تزوج امرأة ودخل بها وكان نظر الى فرج أمها أو ابنتها بشهوة ان احصانه لا يسقط وان كان نكاحا فاسدا عند أبى حنيفة والعذر لمشايخ ما وراء النهر رحمهم الله عن فصل الارث فانه لا يجرى الارث فيما بينهم وان كانوا يدينون جواز النكاح واعتبر دياناتهم فى حق جواز النكاح فى حق الارث فيما بين المحارم ان يقول ان دياناتهم انما تعتبر بجواز النكاح لان جواز نكاح المحارم قد كان فى شريعة آدم عليه السلام وفى الذخيرة ثم فرقوا بين نكاح المحارم فيما بينهم وبين النسب الثابت فى هذا النكاح فقالوا اذا تزوج المجوسى بمحارمه ثم مات أحدهما لا يرثه الباقى فاما اذا حدث بينهما ولد فانه يثبت النسب ويتوارثون بذلك النسب فيما بينهم تزوج مجوسى بابنة له فولدت منه ابنا وبنتا ثم مات المجوسى فقد مات عن ابن وبنت وزوجة فيقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين يورثون بالنسب ويسقط اعتبار النكاح لانه فاسد يثبت به النسب فيما بينهم ولا يتوارثون به فلهذا قال يسقط اعتبار النكاح ويرثون بالنسب ولو مات الابن بعد ذلك فقد مات عن أخت لاب وأم وعن أخت لاب هى أمه فللاخت لاب السدس بحكم الامومة والسدس بحكم الاختية والنصف للاخت لاب وأم والباقى للعصبة ان كانت والا فيرد عليهما على سهامهما ولو لم يمت الابن بعد موت المجوسى ولكن ماتت البنت التى هى زوجته فقد ماتت عن ابن هو أخوها لابيها وعن بنت هى أختها لابيها ويرثون بالبنوة والبنتية ويقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو لم تمت الابنة التى هى زوج المجوسى ولكن ماتت الابنة الاخرى فقد ماتت عن أخ لاب وأم وعن أخت لاب وأم وعن أخت لاب هى أمها فيكون للام السدس والباقى لاخ للاب وأم فيسقط اعتبار الاختية لان قرابة الاخت لاب ساقطة الاعتبار لقرابة الاخ لاب وأم وانما كان للام السدس فى هذه الصورة لان للميت أخا وأختا والاخت من أهل الاستحقاق الا انها صارت محجوبة بهذا السبب العارض ولهذا اسقط فرض الام عن الثلث الى السدس وفى الذخيرة مجوسى تزوج بامه فولدت بنتا وابنا ثم فارقها وتزوج ابنته فولدت له ابنة ثم مات المجوسى فقط مات عن أم وابن وابنة بنت ابن فيكون للام السدس باعتبار الامومة والباقى بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ لبنت الابن فان مات الابن بعد فانما مات عن زوجة هى جدته أم أبيه وهى أمه وعن أخت لامه وأبيه فلا شئ للام بالزوجية ولا بكونها جدة لان الجدة لا ترث مع الام ولكن لها السدس بالامومة والابنة النصف بالبنتية ولا شئ لها بالاختية لام فان لم يمت الابن ولكن ماتت الابنة الكبرى فقد ماتت عن أم هى جدتها أم أبيها وعن أخ لاب وأم وعن ابنة هى أختها لامها فللام السدس بالامومة لان معها أخا لام وأختا وهما يردان الام من الثلث الى السدس وللابنة السدس بالاختية لام والباقى للاخ لاب وأم بالعصوبة فان كانت الابنة التى ماتت هى الصغرى فقد ماتت عن أم وعن جدتها لابيها وعن أبيها وعن عمة هى أختها لابيها وعن ابن هو اخوها لامها فللام السدس والباقى للاب لان الاخوة والاخوات لا يرثون مع الاب شيأ ولو لم تمت الابنة ولكن ماتت الام فانما ماتت عمن هو زوجها وهو ابن ابنها وعن ابنة ابن هى أختها فلا شئ للابن بالزوجية ولكن المال بين الابن والانثى للذكر مثل حظ الانثيين فلا شئ للذكر باعتبار انه ابن ابن ولا الانثى باعتبار انها ابنة الابن مجوسى تزوج أمه

فولدت

فولدت له ابنتين فتزوج ابنته فولدت له ابنة ثم مات المجوسي فقد مات عن أم هي زوجة وثلاث بنات احداهن زوجة و بنتان أختان لام واحداهن ابنة ابن فلا شئ للزوجة منهن بالزوجية ولا للاختين لام بالاختية ولا للثالثة بكونها ابنة ابن ولكن الباقي للعصبة ان كانت وان لم تكن فهو رد على أم والبنات على مقدار حقهن فان ماتت بعدها الابنة التي هي زوجته فقد ماتت عن ابنة هي أخت لاب وأم فللابنة النصف والباقي للعصبة وان لم تمت هذه ولكن ماتت الابنة السفلى فان ماتت عن أمها وهي أختها لابيها وعن أخت لاب أيضا فيكون للام السدس بالامية وللاختين الثلثان بالاختية والباقي للعصبة رجل مجوسي تزوج بابنته فولدت ابنتين فمات المجوسي ثم ماتت احدى البنتين فانما ماتت عن أم هي أخت لاب وعن أخت لاب وأم أيضا فقد ذكر بعض المشايخ أن للام السدس بالآية وللاخت لاب وأم النصف وللام السدس بالاختية والاول أصح وفي السراجية حكم الاسير كحكم سائر المسلمين في الميراث مالم يفارق دينه فان فارق دينه فحكمه حكم المفقود مسلم ونصراني استأجرا ظئرا واحدا لولديهما فكبرا ولا يعرف ولد النصراني من ولد المسلم فالولدان مسلمان ترجيحا للاسلام ولكن لا يرثان من أبويهما لان المال لا يستحق بالشك وكذا لو كان للرجل ابن ولمملوكه ابن أيضا فدفعاهما الى ظئر واحدة فكبرا ولم يعرف ابن المولى من الرقيق فالولدان حران ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ولا يرثان شيأ قال الفقيه أبو الليث هذا اذا لم يصطلحا أما اذا اصطلحا فيما بينهما فلهما أن يأخذا الميراث فكذا الجواب في ولد المسلم مع ولد النصراني وبه يفتى وفي المضمرات مات وترك أبوين وامرأتين أحدهما مسلمة والاخرى يهودية فللمرأة التي هي مسلمة الربع وللام ثلث الباقي والباقي للاب واذا تحاكم الينا أهل الكفر في قسمة المال قسمنا ذلك فيما بينهم على حكمنا دون حكمهم وان قدم الحربي الينا بامان فمات بعث ماله الى وارثه في دار الحرب قال رحمه الله ﴿ويرث ولد الزنا واللعان من جهة الام فقط﴾ لان نسبه من جهة الاب منقطع فلا يرث به ومن جهة الام ثابت فيرث به أمه وأخته من الام بالفرض لا غير وكذا ترثه أمه وأخته من أمه فرضا لا غير ولا يتصور أن يرث هو أو يورث بالعصوبة الا بالولاء أو الولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقه أو ولده بذلك وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ووقف للابن حظ ابن﴾ أي اذا ترك الميت امرأته حاملا أو غيرها ممن يرثه ولدها وقف للحمل نصيب ابن واحد وهذا قول أبي يوسف وعنه يوقف نصيب ابنين وهو قول محمد لان ولادة الاثنين معتادة وعن أبي حنيفة أنه يوقف نصيب أربع بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لانه يتصور ولادة أربعة في بطن واحدة فيترك نصيبهم احتياطا والفتوى على الاول لان ولادة الواحد هي الغالب والاكثر منه موهوم والحكم للغالب ويؤخذ من الورثة على قوله كفيل لاحتمال أن يكون أكثر وهذا اذا كان في الورثة ولد وأما اذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم وجملة الامر لا يخلو اما أن يكون الورثة كلهم أولاد الاولاد فان كانوا كلهم أولادا فيترك ماذكرنا من القدر على الاختلاف وان لم يكونوا كلهم أولادا فلا يخلو اما أن يكون فيهم أولاد أو لا فان كان فيهم أولاد أولاد يعطى كل وارث هو غير الولد منهم نصيبه ثم يقسم الباقي على الاولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرنا وان لم يكن في الورثة ذكر والحمل من الميت يعطى كل وارث نصيبه على تقدير ان الحمل ذكر أو أنثى أيهما أقل وان كان على أحد التقديرين يرث دون الآخر فلا يعطى شيأ وكذا اذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حيا وعلى تقدير ولادته ميتا يرث فلا يعطى شيأ للاحتمال وان كان نصيبه على أحد التقديرين أكثر يعطى الاقل للتيقن به ويوقف الباقي قال رحمه الله ﴿ويرث ان خرج أكثره فمات لا أقله﴾ أي الحمل يرث ان خرج أكثره وهو حي ثم مات وان خرج أقله وهو حي فمات لا يرث لان انفصاله حيا من البطن شرط لارثه والأكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر لصدره وان خرج منكوسا فالمعتبر لسرته وقد بيناه من قبل وفي الأصل في ميراث الجنين ذكر الصدر الشهيد في فرائضه أن الجنين يرث اذا كان موجودا في البطن عند موت المورث بان جاء لاقل من ستة أشهر منذ مات المورث هكذا ذكر محمد المسئلة مطلقة وهذا التقدير في استحقاق الجنين من غير الاب أما من الاب فان جاء به لاقل من سنتين من وقت الموت فانه يرث مالم تقر بانقضاء العدة نص عليه محمد في كتاب الفرائض فالاصل ان المعتدة اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق فانه يثبت نسب الولد من الزوج اذا لم تقر بانقضاء العدة فاذا ثبت النسب من الميت يرث منه ضرورة وان جاء لاكثر من سنتين لا يثبت النسب من الميت ولا يرث منه قال محمد في كتاب الفرائض أيضا لو أن عبدا تحته حرة ولد منها ابن وله ابن آخر حر من غيرها فمات ابن العبد ولا يدرى أنها حبلى أم لا فجاءت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ مات ابن العبد فانه يرث

ميراث أخيه لان الوطء حال بالعلوق الى ستة أشهر فقدمات أخوه وهو فى البطن فيرثه وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يرثه لان الحمل من ستة أشهر فقدمات أخوه وهو لم يخلق بعد فلا يرثه فتبين بما ذكر محمد فى الاصل أن ماذكره الصدر الشهيد من التقرير فى استحقاق الجنين الارث من غير الاب لا عن الاب وطريق معرفة انفصاله حيا أن يستهل أو يسمع منه عطاس أو تنفس أو يتحرك بعض أعضائه أو ماشا كل ذلك وان انفصل ميتا لم يرثه لانا شككنا فى حياته وقت موت الاب بجواز أنه كان ميتا لم تنفخ فيه الروح وبجواز أنه كان حيا فلا يرثه بالشك وفى الذخيرة ثم الجنين اذا خرج ميتا فانه لا يرث اذا خرج بنفسه وأما اذا خرج حيا فهو من جملة الورثة بيانه اذا ضرب انسان بطنها فالقت جنينا ميتا فهذا الجنين من جملة الورثة وفيه روايات ابن المبارك قال الشيخ محمد أبو الفضل اذا مات الرجل عن امرأة وابنين وادعت المرأة أنها حامل تعرض المرأة على امرأة ثقة أو امرأتين حتى يتبين حملها فان لم يقف على شئ من علامات الحمل يقسم الميراث وان وقف على شئ من علاماته تربصوا حتى تلد ولا يقسم الميراث وان كان رجل خلف امرأة حاملا وابنا فولدت المرأة ابنا وبنتا فاستهل أحدهما وماتا لا يدرى أيهما استهل فلو جعل المستهل ابنا فقد خلف المورث ابنين للمرأة الثمن والباقى بينهما وتصح المسئلة من ستة عشر ومسئلته من ثلاثة لا تستقيم فتضرب ثلاثة فى ستة عشر فتبلغ ثمانية وأربعين للمرأة الثمن ستة ولكل ابن أحد وعشرون فمات المستهل عن أحد وعشرين سهما وخلف أما وأخا للام الثلث سبعة أسهم والباقى وهو أربعة عشر للاخ فقد حصل للام ثلاثة عشر وللاخ خمسة وثلاثون وان كان المستهل الانثى للمرأة الثمن والباقى بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين وتصح المسئلة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللبنت سبعة وللابن أربعة عشر وماتت البنت عن سبعة أسهم وخلفت أما وأخا ومسألتهما من ثلاثة وسبعة على ثلاثة لا تنقسم فتضرب ثلاثة فى أربعة وعشرين فتصير اثنين وسبعين للمرأة الثمن تسعة وللابن اثنان وأربعون وللبنت احدى وعشرون فماتت البنت عن احدى وعشرين سهما وخلفت أما وأخا للام الثلث سبعة وللاخ أربعة عشر فقد حصل للام ستة عشر وللاخ ستة وخمسون وستة عشر توافق الستة والخمسين بالثمن فيرد ذلك الى ذلك الثمن فيكون ثمن الستة عشر سهمان وثمن الستة والخمسين سبعة أسهم والتسعة توافق الثمانية والاربعين بالثلث فيضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر فيصير مائة وأربعة وأربعين ثم ضاعف لان هنا حالين حال استهلاك الابن وحال استهلاك البنت فصار مائتين وثمانية وثمانين فهذا جميع المال وفى القنية سئل عن صبى استهل فى البطن وانفصل ميتا فقال لا يعتبر هذا الاستهلال وفى الظهيرية ولو أن رجلين ليس بينهما قرابة تزوج كل واحد منهما أم الآخر فولدت كل واحد منهما غلاما فقرابة ما بينهما أن ابن المتزوج بالام أخا الابن الذى تزوج الابنة وعمه وابن الذى تزوج الابنة ابن الاخت للذى تزوج الام وابن أخيه فلا يرث واحد منهما من صاحبه مع سائر العصبات لان العم لام وابن الاخ لام من جملة ذوى الارحام فلا يرثون مع أحد من العصبات فلو أن رجلا تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة ما بين الغلامين ان ابن الاب الذى تزوج الام عم الابن الذى تزوج الابنة وخاله وابن الابن ابن أخ ابن الاب وابن أخته فايهما مات ورث صاحبه ههنا من قبل ان العم عصبة وكذلك ابن الاخ لاب عصبة واذا كان كل واحد منهما عصبة صاحبه من أحد الوجهين كان وارثا له فان تزوج الاب الابنة وتزوج الابن الام فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة ما بين الولدين أن ابن الاب عم ابن الابن وابن أخته وابن الابن خال ابن الاب وابن أخيه فايهما مات ورثه الآخر بالعصوبة نوع آخر فى هذا الفصل رجل مات وترك ثلاث بنات فورثت احداهن ثلثى المال والاخرى ثلث المال والثالثة لم ترث شيأ كيف كانت هذه قال انه كان فى الاصل الاب رقيقا أعتقته احداهن فقتلته واحدة منهن فللمعتقة الثلث فرضا ولغير القاتلة الثلث فرضا وللمعتقة الثلث تعصيبا رجل مات وترك أخا لاب وأم وأخا لام وأخا لامرأته فورث المال أخو امرأته دون أخيه لابيه وأمه كيف كانت هذه قال بانه كان فى الاصل رجل تزوج أم امرأة أبيه فولدت له ولدا ثم مات المتزوج ثم مات أخوه بعد ذلك وترك خالا وعما وهذا المولود فى درجة ابن أخيه لابيه وفى درجة خاله لامه فالمال لابن الاخ فقد ورث المال الخال دون العم رجل دخل على مريض فقال له أوص فقال لماذا أوص فان مالى يرثه عمتاك وخالتاك وجدتاك كيف كانت هذه قال كان هذا المريض تزوج جدتى الرجل أم أبيه وأم أمه فولدت كل واحدة للمريض ابنتين فلما مات المريض ترك أربع بنات بنتان منهن خالتا الرجل وبنتان منهن عمتا الرجل والمرأتان هما جدتا الرجل فللبنتان الثلثان وللمرأتين الثمن وما بقى يرد على البنات ان لم يكن له عصبة وسئل عن رجل ورث سبع عشرة امرأة ماله بالسوية فاجاب بان هذا الرجل مات عن جدتين وثلاث نسوة وأربع أخوات لام وثمان أخوات لاب وأم

فللجدتين

فللجدتين السدس سهمان والنسوة الربع ثلاثة وللاخوات لام الثلث أربعة وللاخوات لام وأب الثلثان ثمانية فاصاب كل واحدة سهم سئل عن امرأة ورثت أربعة أزواج واحدا بعد واحد فصار لها نصف جميع أموالهم وللعصبة النصف فاجاب بان هذه المرأة تزوجها أربع اخوة وبعضهم وارث بعض وكان جميع أموالهم ثمانية عشر دينارا للواحد منهم ثمانية وللآخر ستة وللثالث ثلاثة وللرابع دينار تزوجها صاحب الثمانية ثم مات عنها ثم صار اصاحب الستة ثمانية واصاحب الثلاثة خمسة واصاحب الواحد ثلاثة ثم تزوجها الثاني ومات عنها وترك ثمانية دنانير فصار لها ديناران بقي ستة بين أخوين لكل واحد منهما ثلاثة ثم تزوجها الثالث ومات عنها وترك ثمانية دنانير فصار لها الربع ديناران ولاخيه ما بقي ستة فصار له اثنا عشر دينارا فصار لها الربع من ذلك ثلاثة دنانير فصار جميع ما ورثت تسعة من الاول ديناران ومن الثاني ديناران ومن الثالث ديناران ومن الرابع ثلاثة وللعصبة تسعة دنانير سئل عن رجلين ورث أحدهما ثلاثة ارباع المال وللآخر الربع فاجاب بان الميتة بنت عمهما وأحدهما زوجها فللزوج النصف والباقي بينهما نصفين فنصيب الزوج ثلاثة ارباع والآخر ربع سئل عن رجلين ورث أحدهما الثلثين والآخر الثلث قال الميت امرأة لها ابنا عم أحدهما أخوها الام والآخر زوجها فيكون للزوج النصف وللاخ من الام السدس والباقي بينهما نصفان فنصيب الزوج الثلثان ونصيب الآخر الثلث سئل عن ثلاثة اخوة ورث أحدهم الثلثين والآخران كل واحد سدس قال هذه المرأة لها ثلاثة بنى عم أحدهم زوجها فيكون للزوج النصف والباقي بينهم أثلاثا فيكون لكل واحد سدس رجل ورثته ثلاث نسوة أثلاثا احداهن أم الاخرى قال هذا الرجل زوج بنت ابنته ابن ابن له فولدت له بنتا ثم مات ابن الابن وبقي بنتا ابن ابن أحدهما أم الاخرى ثم مات الرجل وله أخت فصار للابنتين الثلثان وللاخت الثلث لانها عصبة مع البنات وفي الظهيرية في بيان ما يسئل عن المتشابهات وان سئل عن رجل مات وترك ابن عم لاب وأم فورث المال ابن العم دون ابن أخيه كيف يكون قيل صورة هذا أخوان ولاحدهما ابن اشتريا جارية فجاءت بولد فادعياه جميعا كان ابنا لهما ثم مات الاخوان ثم مات ابن أحدهما بعد موتهما ولم يترك وارثا غير الابن الذي كان بين أبيه وعمه وكان له ابن أخ لاب وأم فميراثه لاخيه لابيه وهو ابن عمه ويسقط ابن أخيه لابيه وأمه وان سئل عن رجل مات وترك ابن عم لاب وأم وأخا لاب فورث المال ابن عمه دون أخيه لابيه كيف يكون هذا قيل هذا في الاصل اخوان ولاحدهما ابن فاشتريا جارية فجاءت بابن فادعياه جميعا كان أبنا لهما ثم أعتقاها هذه الجارية فتزوج بها أبو الابن فولدت له ابنا آخر فمات الاخوان ومات الابن الذي ولدته بعد النكاح وترك أخا لاب وأم وهو ابن عمه وأخا لاب فميراثه لابن عمه لانه أخوه لابيه وأمه وسئل عن رجل وأمه وخالته ورثوا المال بينهم أثلاثا كيف يكون هذا فهذا رجل له بنتان زوج أحدهما ابن أخيه فولدت له ابنا ومات ابن الاخ ومات الرجل بعد ذلك وترك بنتين وابن ابن أخ فللبنتين الثلثان وما بقي فلابن ابن الاخ فصار لابن ابن الاخ الثلث ولامه ثلث المال ولخالته ثلث المال وان سئل عن رجل مات وترك سبعة اخوة لامرأته فورثت امرأته المال وأخواتها بالسوية كيف يكون هذا وقيل رجل تزوج بام امرأة أبيه فولدت له سبع بنين ثم مات الابن ومات أبوه بعد ذلك وترك امرأته وسبعة بنى ابن فللمرأة الثمن سهم وبقي سبعة أسهم لكل واحد منهم سهم حكى ان امرأة جاءت الى أبي حنيفة وقالت ان أخي مات وترك ستمائة دينار فقسموا تركته وأعطوني منها دينارا واحدا قال أبو حنيفة ومن قسمها قالت تلميذك داود الطائي فقال أبو حنيفة ذلك حقك قال أليس ترك أخوك ابنتين وأما وزوجة واثني عشر أخا وأختا فقالت بلى قال للبنتين الثلثان أربعمائة دينار وللام السدس مائة دينار وللمرأة الثمن خمسة وسبعون دينارا بقي خمسة وعشرون دينارا أسهم للذكر مثل حظ الانثيين لكل أخ ديناران وللاخت دينار واحد مسئلة ولو سئلت عن رجل مات وترك دنانير وورثة فان كان الوارث ابنا كان له ألفا دينار ولو كان مكان الابن ابن عم كان له عشرة آلاف الجواب عن هذا اذا كان المال ثلاثين ألف دينار فان كان له ابن وثمانية وعشرون بنتا كان للابن ألفا دينار ولو كان مكان الابن ابن عم كان للبنات الثلثان والباقي لابن العم وهم عشرة آلاف * مسئلة ولو سئلت عن رجل مات وترك أخوين لاب أحدهما للام وأختين لام أحدهما الاب كيف يقسم المال بينهم الجواب عن هذا رجل مات وترك أخا وأختا لاب وأم وأخا لاب فيقسم المال بينهم للاخت من الام السدس والباقي بين الاخ والاخت لاب وأم ولا شئ للاخ من الاب * مسئلة ولو سئل عن رجل وابنته وورثا مالا بالسوية كيف ذلك الجواب هذه امرأة تزوجها ابن عم فولدت له ابنة ثم ماتت المرأة وصار لابنتها من ميراثها النصف والنصف الباقي لزوجها وهو ابن عمها مسئلة ولو سئل عن امرأة وجدتها أم الام

وورثا مالا بالسوية الجواب عن هذا رجل زوج بنت أخته لابن ابنه فولدت لهما بنتا مات الزوج ثم مات الجد وترك بنت ابن ابنه وأخته وهي جدتها أم أمها فصار لابنة ابن ابنه النصف وما بقي فللاخت قال رحمه الله ﴿ولا توارث بين الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموت﴾ أي اذا مات جماعة في الغرق أو الحرق ولا يدرى أيهم مات أولا جعلوا كأنهم ماتوا جميعا فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا الا اذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر من المتقدم وهو قول أبي بكر وعمر وزيد واحد الروايتين عن علي رضي الله عنه وانما كان كذلك لان الارث ينبني على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك وكذلك الحكم اذا ماتوا بهدم الجدار عليهم أو في المعركة ولا يدرى أيهم مات أولا وفي الاصل اخوان غرقا وخلف أحدهما بنتا وعشرين دينارا مثلا وخلف الآخر بنتا وعشرة دنانير فعلى قول عامة الصحابة وعامة الفقهاء للبنت النصف من المال والنصف الباقي لابن العم وما تركه الآخر لابنه اخوان معتقان غرقا وخلف أحدهما ابنا وبنتا وخلف الآخر بنت ابن ومولى فالذي خلف ابنة ابن ماله على قول العامة بين ابنة ابنه وبين ابن أخيه الذي غرق معه نصفان النصف لابنة الابن والنصف لابن الاخ وحده امرأة وابنها غرقا وخلفت المرأة زوجها وأب الابن وخلف الابن أباه وابنا فعلى قول العامة مال المرأة يقسم بين زوجها وبين ابن ابنها وللزوج الربع والباقي لابن الابن ومال الابن يقسم بين ابنه وبين الاب للاب السدس والباقي للابن وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل قال رحمه الله ﴿وذو رحم﴾ وهو معطوف على قوله وذو فرض في أول الكتاب ﴿وهو قريب ليس بذي سهم ولا عصبة﴾ أي ذو الرحم هو قريب ليس بوارث بفرض ولا بعصبة وهذا على اصطلاح أهل هذا العلم وفي الحقيقة الوارث لا يخرج من ان يكون ذا رحم وتحته ثلاثة أنواع قريب وهو ذو سهم وقريب هو عصبة وقريب ليس بذي سهم ولا عصبة فقدمنا الكلام في الاولين وبقي في الثالث فنقول عندنا هم يرثون عند عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم غير زيد بن ثابت فانه قال لا ميراث لذوي الارحام بل يوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي لما روى عن عطاء بن يسار ان رجلا من الانصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته فسأل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث مرات ثم قال لا شيء لهما وفي بعض رواياته لا أرى ينزل على شيء لا شيء لهما وروى انه قال لا أجد لهما شيأ واذا لم ينزل عليه شيء لا يمكن اثباته بالرأي لان المقادير لا يمكن اثباتها بالرأي ولنا ماروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله فتوارثوا بذلك وعن المقداد ابن معدي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريبا لا يعرف من أين هو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أبو لبابة بن المنذر ابن أخته فأعطاه ميراثه وعن امامة بن سهل ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث الا خالا فكتب في ذلك أبو عبيدة الى عمر فكتب عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وقال الترمذي حديث حسن وقال الطحاوي هذه آثار متصلة قد تواترت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روى عن عمر رضي الله عنه في عم لام وخالة أعطى العم الثلثين والخالة الثلث ويحتمل أن يكون هناك من هو أولى منهما أو كان ذلك قبل نزول الآية ويحتمل ان قوله عليه الصلاة والسلام لا شيء لهما أراد به الفرض أي لا فرض لهما مقدر ونحن نقول به فان قيل لا حجة لكم في الآية لانها نزلت برد التوارث بالاخاء ويحتمل ان يكون المراد بها العصبة وأصحاب السهام وليس فيها دلالة على ان المراد بها غيرهم قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهي عامة فيعمل بعمومها على ان كثيرا من أصحاب الشافعي منهم ابن سريج خالفوه وذهبوا الى توريث ذوي الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه في غير المصارف قال رحمه الله ﴿ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليهما﴾ أي لا يرث ذوو الارحام مع وجود ذوي فرض أو عصبة الا اذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين فيرثون معه لعدم الرد عليه لان العصبة أولى وكذا الرد على ذي السهام أولى من ذوي الارحام لانهم أقرب الا الزوجين فانهما لا قرابة لهما مع الميت فلهذا لا يرد عليهما ما فضل من فرضهما وعليه عامة الصحابة وكان عثمان بن عفان يرد على الزوجين أيضا وقد عرف في موضعه قال رحمه الله ﴿وترتيبهم كترتيب العصبات﴾ يعني ترتيب ذوي الارحام في الارث كترتيب العصبات يقدم فروع الميت كأولاد البنات وان

سفلوا ثم أصوله كالاجداد الفاسدين والجدات الفاسدات وان علوا ثم فروع أبويه كأولاد الاخوات و بنات الاخوة و بنى الاخوة لام وان نزلوا ثم فرع جده وجدته كالعمات والاعمام لام والاخوال والخالات وان بعدوا فصاروا أربعة أصناف وروى أبو سليمان عن محمد بن الحسن عن أبى حنيفة ان أولاهم بالميراث الاصول والاول أصح لان الفرع أقرب كما فى العصبات وفى المضمرات وهم عشرة أولاد البنات وأولاد الاخوات و بنات الاخ و بنت العم والخال والخالة وأب الام وعم الام والعمة وولد الاخ لام ومن أدلى بهم وفى العثمانى وهم خمسة أصناف أولهم أولاد البنات والثانى الجد الفاسد والجدات والثالث أولاد الاخوات لاب وأم أولاب وأولاد بنات الابن وأولاد الاخوة والاخوات لام و بنات الاعمام وأولاد هؤلاء الاخوة كلهم والرابع الاعمام لام والاخوال والخالات والعمات و بنات الاعمام وأولاد هؤلاء والخامس عمات الآباء والامهات كلهم وأخوالهم وخالاتهم وأعمام الآباء بالام وأعمام الامهات كلهم وأولاد هؤلاء فأولاهم بالميراث أولهم ثم ثانيهم ثم ثالثهم ثم رابعهم ثم خامسهم وفى رواية عن ابى حنيفة وعليه الفتوى وروى عن أبى حنيفة ان الجد الفاسد أولى بالميراث من أولاد البنات وأولاد بنات الابن وقال أبو يوسف ومحمد وأولاد الاخوات و بنات الاخوة أولى من الجد الفاسد أبى الام وكل واحد أولى من ولده وولد ولده أولى من أبويه عندهما وفى الظهيرية وقد صح رجوع أبى حنيفة الى قولهما فى تقديم أولاد البنات وعليه الفتوى والحكم فيهم انه اذا انفرد واحد منهم يستحق جميع المال وهذا لان ذوى الارحام يرثون على التعصيب من وجه لانهم يرثون بالقرابة من الميت وليس لهم سهم مقدر والعصبة من كل وجه ذكر يدلى بعصبة ذكر ولا يكون له سهم مقدر ففى حق ذوى الارحام اذا لم توجد الذكورة والادلاء الى الميت بعصبة ذكر وجد المعنى الآخر وهو انه قريب ليس له سهم مقدر وكانوا عصبة من وجه فيعتبر بمن يرث بالتعصيب من كل وجه أن يستحق جميع المال اذا انفرد وكذا هنا وهم فى الحاصل أصناف صنف ينتهى الى الميت وهو الساقط من ولد الولد وانما اعتبرنا بالساقط لان ولد الولد على ضربين ثابت وهو من جملة أصحاب الفرائض وهو بنت الابن أو هو من جملة العصبات وهو ابن الابن وساقط هو داخل فى جملة ذوى الارحام وهو ولد البنت ذكرا كان أو أنثى وصنف ينتمى اليه الميت كالجد الفاسد والجدة الفاسدة وصنف ينتمى الى أبوى الميت كبنات الاخوة لاب وأم أولاب وأولاد الاخوات كلها وصنف ينتمى الى جدى الميت كالاعمام لاب وأم أولاب وصنف ينتمى الى أبوى جدى الميت وهو أعمام الاب وعماته وأخواله وخالاته وأعمام الام كلهم وعماتها وأخوالها وخالاتها وأولادهم وفى الكافى وأجمعوا على ان ذوى الارحام لا يحجبون بالزوج والزوجة أى يرثون معهما فيعطى الزوج أو الزوجة نصيبه ثم يقسم الباقى بين ذوى الارحام كما ستعرفه مثاله زوج و بنت بنت وخالة و بنت عم فللزوج النصف والباقى لبنت البنت وأما الكلام فى الصنف الاول فأولاهم بالميراث أقربهم الى الميت حتى كانت بنت البنت أولى من بنت بنت البنت فان استووا فى القرب فمن كان ولد الوارث فهو أولى مثاله اذا ترك بنت بنت بنت و بنت بنت ابن فالمال لبنت بنت الابن لان أمها وارثة وكذلك اذا ترك ابن ابن بنت و بنت بنت ابن فالمال لبنت بنت الابن كما ذكرنا وان كان أحدهما أقرب والآخر ولد الوارث لا يكون أولى وفى الذخيرة فى أصح القولين حتى اذا ترك بنت بنت البنت و بنت بنت ابن ابن كان بنت بنت البنت أولى لكونها أقرب وان استووا فى القرب وليس فيهم ولد الوارث فالمال يقسم بينهم بالسوية وان كانوا ذكورا كلهم أو اناثا كلهم وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين وهذا بلا خلاف اذا اتفق صفة الاصول فى الذكورة والانوثة أعنى بالاصول الآباء والامهات واتفق صفة أبدان الفروع فى الذكورة والانوثة وان اختلفت صفة الاصول فعلى قول أبى يوسف يعتبر أبدان الفروع ويقسم المال بينهم بالسوية ان كانوا ذكورا كلهم أو اناثا كلهن وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين ثم ما أصاب كل بطن فهو لولده وكان أبو يوسف أولا يقول كما قال محمد ثم رجع عنه وقال كما ذكرنا قال شيخ الاسلام خواهرزاده وعامة مشايخنا يجعلون قول أبى حنيفة مع قول محمد وغيرهم من المشايخ قالوا عن أبى حنيفة فى هذا روايتان بيان هذه المسائل اذا ترك بنت بنت وابن بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك اذا ترك ابن ابن بنت و بنت بنت بنت فالمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو ترك بنت بنت بنت و بنت ابن بنت فعند أبى يوسف المال بينهما نصفان اعتبار الابدانهما وعن محمد رحمه الله يقسم بينهما أثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت وثلثه لبنت بنت البنت اعتبارا باصولهما كانه مات عن ابن بنت و بنت بنت وولدى ابن بنت فعلى قول أبى يوسف المال بينهم باعتبار الابدان على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم وعلى قول محمد يقسم باعتبار الآباء فيجعل كانه ترك بنت بنت وابن بنت فيكون

ثلثاالمال لابن البنت والثلث لبنت البنت ثم ماأصاب ابن البنت يقسم بين ولديه أثلاثا ثلثاه لابنه وثلثه لبنته وماأصاب بنت البنت يقسم بين ولديها أثلاثا أيضا ثلثه لبنتها وثلثاه لابنها فتكون القسمة من تسعة وفى الكافى ولوترك بنتى ابن البنت وابن بنت بنت عند أبى يوسف ظاهر وعند محمد يقسم أخماسا خمس المال لابن بنت البنت وأربعة أخماسه لبنتى ابن البنت كانه مات عن ابنى بنت وبنت بنت فماأصاب بنت البنت فلولدها وماأصاب الابن فلولده ولوترك ابنى بنت بنت بنت وبنت ابن بنت بنت وبنتى بنت ابن بنت فعند أبى يوسف المال بين الفروع أسباعا باعتبار أبدانهم وعند محمد يقسم المال فى البطن الثانى أسباعا باعتبار عدم الفروع الاصول اذ أربعة أسباعه لبنتى بنت ابن البنت نصيب أحدهما وثلاثة أسباعه وهو نصيب البنتين يقسم على ولديهما فى البطن الثالث أيضا فنصفها البنت ابن البنت نصيب أبيها والنصف الآخر لابنى بنت بنت البنت نصيب أمها وتصح من ثمانية وعشرين وقول محمد أشهر الروايتين عن أبى حنيفة فى جميع ذوى الارحام وعليه الفتوى وقال الامام الاسبيجابى فى المبسوط قول أبى يوسف أصح لانه أسهل ولوترك ولدى بنت بنت وبنت ابن بنت فعلى قول أبى يوسف المال بينهم باعتبار أبدانهم على أربعة أسهم سهم لبنت ابن البنت وثلاثة أسهم لولدى بنت البنت سهمان للابن وسهم للبنت وعلى قول محمد القسم باعتبار الآباء يجعل كانه مات عن ابن بنت وعن بنت بنت فيقسم المال بينهم أثلاثا ثلثاه لابن البنت وثلثه لبنت البنت ثم ماأصاب ابن البنت يسلم لولده وماأصاب بنت البنت يقسم بين ولديها أثلاثا الثلثان للابن والثلث للبنت فيحتاج الى حساب يقسم ثلثه أثلاثا وأقل ذلك تسعة وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل ومشايخ بخارى أخذوا بقول أبى يوسف فى جنس هذه المسائل وبعد الصنف الاول على قول أبى حنيفة الآخر وهو قول أبى يوسف ومحمد أى الاصناف أولى قال أبو حنيفة الاجداد والجدات أولى وقال أبو يوسف ومحمد أولاد الاخوات وبنات الاخوة أولى لان أولاد الاخوات أولاد صاحبات فرض وبنات الاخوة أولاد عصبة والجدات ليسوا أولاد صاحب فرض ولا ولد عصبة ولا ولد ذى سهم وأبو حنيفة يقول ذوالارحام يورثون على سبيل التعصيب من وجه وفى العصبات من كل وجه والجدات يرثون لان الاب مقدم على أولاد ابنه عنده حتى ان أولاد الاخوة لاب وأم لايرثون مع الاب عندنا فكذا فى ذوى الارحام الجدات لام هم فى درجة أب الاب لانه يتصل بالميت بتوجه كأب الاب يصير مقدما على أولاد الاخوة فتصير هذه المسئلة على قوله بشرح تلك المسئلة وأما الكلام فى الاجداد الفاسدة والجدات الفاسدة فأولاهم بالميراث أقربهم الى الميت فان استووا فى القرب فعلى قول أبى سهل الفرائضى وجماعة من المشايخ من يدلى الى الميت بوارث فهو أولى وفى المغرب أدلية الدلو سلها فى البئر يدلى الى الميت أى يتصل وقال أبو سليمان الجرجانى من يدلى الى الميت بالوارث ليس باولى بيانه اذا مات الرجل وترك أبا أم الاب وأب أب الام لايدلى الى الميت بالوارث وبه كان يفتى القاضى الامام الشهيد عبد الواحد وعلى قول أبى سليمان ثلثا المال لاب أم الاب والثلث لاب أب الام وكذا اذا ترك أب الام فعلى قول أبى سهل لاشئ لاب أب الام والمال لاب أم الام وعلى قول أبى سليمان المال بينهما نصفان لان كل واحد منهما يدلى الى الميت بالوارثات وذكر محمد فى فرائض الاصل هذه الصورة وهو ما اذا ترك أب أم الاب وأم أم الام وذكر ان المال يقسم بينهما أثلاثا ثلثاه لاب أم الاب وثلثه لاب أم الام قال القاضى الامام عبد الواحد الشهيد هذا قياس قول محمد وعلى قول أبى يوسف ينبغى أن يكون بينهما نصفان لان أم الام مع أب الاب اذا اجتمعتا استويا ألا ترى ان ابن الاخ لام مع بنت الاخ لام لايفضل أحدهما على الآخر ولما كان لايفضل الاخ لام على الاخت لام كذا ههنا ولوترك أم أب الام وأم أب الاب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين لانهما يدليان الى الميت بقرابة الام فيقسم عليهما باعتبار أبدانها بلا خلاف كعمة لام وعمها وخالة الام وخالها على ماياتى بيانه بعد هذا ان شاء الله تعالى فان كان للاب الميت جد من قبل الاب ٧ أب أم أب أم كذلك يقسم المال بينهما أثلاثا ثلثاه للجدة من قبل الاب وثلثه للجدة من قبل الام ثم ماأصاب جدتى الاب يقسم بينهما أثلاثا ثلثاه للجدة من قبل الاب وثلثه للجدة من قبل الام وهذه المسئلة تدل على ان من يدلى الى الميت بالوارث ليس باولى فان أب أم الاب يدلى الى الميت بالوارث ومع هذا لايكون أولى وأما الكلام فى أولاد الاخوات وبنات الاخوة أولاهم بالميراث أقربهم الى الميت وفى السراجية أولاد أولاد الاخوات لاب وأم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين فان استووا فى القرب فمن كان منهم ولد وارث فهو أولى عند بعض المشايخ ومثاله بنت بنت أخ وبنت ابن أخ فعند بعض المشايخ بنت ابن الاخ أولى وان استووا فى القرب وكان أحدهما ولد عصبة والآخر ولد صاحب فرض فعلى قول أبى يوسف الآخر يقسم المال

بينهما

بينهما باعتبار الابدان وعلى قول محمد يقسم المال بينهما باعتبار الآباء مثاله بنت أخ وابن أخت فعلى قول أبي يوسف الثلثان لابن الاخ والثلث لابن الاخت لانه كما لو ترك أخا وأختا وتوجيه قول محمد ان ميراث ذوى الارحام يعتبر بالاصول عند اختلاف الفروع ويعتبر بالابدان عند اتفاق الاصول ألا ترى انهم اتفقوا فى بنت الخال وبنت العم ان لبنت العم الثلثين وللخال الثلث وكانت هذه القسمة باعتبار أصولهما وهو الاب والام وقالوا فى العمة والعم لام أن المال بينهما باعتبار الابدان أثلاثا لان الاصل متفق وقالوا فى أولاد ذوى الارحام عند اختلاف الاصول باعتبار الاصول وباعتبار الابدان وأبو يوسف يقول بان المستحق بولاء الاولاد دون الاصول ٧ فاذا اتحد جهة الاستحقاق يجب اعتبار الابدان لا اعتبار الاصول ألا ترى انهم قالوا فى أم الام وأم الاب ان السدس بينهما نصفان ولم يقل بان أحدهما يدلى بقرابة الاب والآخر بقرابة الام فيكون الثلث لقرابة الام والثلثان لقرابة الاب لان جهة الاستحقاق قد اختلفت لان العمومة والخؤلة اختلف فيها جهة الاستحقاق فان استووا فى القرب وليس فيهم ولد عصبة ولا ولد صاحب فرض فالمال يقسم بينهم على السوية اذا كانوا ذكورا كلهم واناثا كلهن وان كانوا مختلطين وقد اتفق الاصول فللذكر مثل حظ الانثيين وان اختلف الاصول فكذلك عند أبي يوسف اعتبارا لابدان الفروع وعند محمد ان يعتبر أول بطن مختلف على ما ذكرنا فى الصنف الاول وان اجتمع أولاد الاخوات المتفرقات وبنات الاخوة فعند أبي يوسف من كان لاب وأم فهو أولى ممن كان لام وعند محمد يعتبر الاصول مثاله اذا هلك الرجل وترك بنت أخ لاب وأم وبنت أخ لاب وبنت أخ لام فعند أبي يوسف المال كله لبنت الاخ لاب وأم وعند محمد سدس المال لبنت الاخ لام والباقى لبنت الاخ لاب وأم وان اجتمع أولاد الاخوة والاخوات لام فعند أبي حنيفة لا يفضل الذكر على الانثى كالاصول وعند أبي يوسف يفضل بخلاف الاصول حتى انه لو ترك ولدى أخت لام كانا ذكرين أو كانا أنثيين أو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فالمال بينهما نصفان وكذلك اذا ترك ولدى الاخ لام وولدى لاخت لام فالمال بينهم بالسوية أرباعا وفى السراجية بنات الاخوة وعند أبي يوسف من كانت لاب وأم فهى أولى ممن كانت لاب وهى أولى ممن كانت لام وقال محمد يعتبر الاصول وأما الكلام فى الاعمام والعمات كلها والاخوال والخالات كلها يجب ان يعلم ان العمات أصناف ثلاثة عمة لاب وأم وعمة لاب وعمة لام والحكم فيهن انه اذا كانت عمة لاب وأم وعمة لام كان المال للعمة لأب وأم وفى شرح الطحاوى ولو ترك عما وعمة فان كانا لاب وأم أو عمة وعما لاب فالمال للعم لانه عصبة ولا ميراث لاحد من ذوى الارحام مع العصبة وكذلك لو كان العم لاب وعمة لاب وأم أو لاب أو لام فالمال كله للعم وان كانوا جميعا لام فالمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وان ترك عمة لاب وعمة لام كان المال كله للعمة لاب وان ترك عما لاب وعمة لاب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك اذا ترك بنت عم لاب وابن عمة لاب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك اذا ترك بنت عم لام وابنة عم لاب قال أبو يوسف المال بينهما يقسم باعتبار الابدان للذكر مثل حظ الانثيين وفى الذخيرة وان اجتمعت قرابة الاب والام يقسم بينهما أثلاثا وفى شرح الطحاوى متى اجتمع فى الميراث ذوو الارحام الاان بعضهم أولاد العصبة وبعضهم أولاد أصحاب الفروض وبعضهم أولاد ذوى الارحام فانه ينظر ان كانت درجتهم مختلفة فالاقرب منهم أولى بالميراث وان كانت درجتهم مستوية فأولاد ذوى الارحام لا يرثون مع أولاد العصبة كأولاد أصحاب الفروض فأولاد العصبة يرثون مع أولاد أصحاب الفرائض بيانه رجل مات وترك ابن عمة وابنة عم فالمال كله لابنة العم لانها من أولاد العصبة والاخرى من أولاد ذوى الارحام ولو ترك بنت ابنة وابنة ابنة ابن فالمال كله لابنة ابنة الابن لانها ولد صاحب فرض وأما الاخوال والخالات فهم أيضا أصناف ثلاثة خال وخالة لأب وأم وخال وخالة لأب وخال وخالة لأم فالحكم فيهم ان الصنف الأول مقدم على الصنف الثانى والصنف الثانى مقدم على الصنف الثالث حتى انه اذا ترك خالا وخالة لاب وأم وخالا وخالة لأب وخالا وخالة لأم فالمال بين الخال والخالة لأب وأم للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ للخال والخالة لأب ولا للخال والخالة لأم ولو ترك خالا وخالة لأم فالمال بينهما أثلاثا وان اجتمعت العمة مع الخالة أو مع الخال فالثلثان للعمة والثلث للخالة وان اجتمع عمة لأب وخالته وعمة لام فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الام ثم ما أصاب فريق الاب يقسم على قرابته من قبل أبيه وبين قرابته من قبل أمه أثلاثا ثلثاه للقرابة من قبل أبيه وثلثه لقرابته من قبل أمه وما أصاب قرابة امه يقسم بين قرابته من قبل ابيه وثلثه لقرابته من قبل امه أيضا أثلاثا ثلثاه لقرابته من قبل ابيه وثلثه لقرابته من قبل أمه ٧ وذو القرابتين من احدى الطائفتين لا يحجب ذا القرابة الواحدة من الطائفة الأخرى الا رواية عن أبي يوسف رواية ابن سماعة بيانه فيما اذا ترك عمة لاب وأم وخالة لاب وأم فالثلثان للعمة والثلث للخالة فى ظاهر رواية أصحابنا وعن أبي

يوسف ان المال كله للعمة ولا شئ للخالة فى ظاهر رواية أصحابنا واما أولاد هؤلاء فاقربهم الى الميت أولى وان استووا فى القرب فمن كان لاب وأم أولى ممن كان لاب ومن كان لاب أولى ممن كان لام ومن كان يدلى الى الميت بقرابة الاب فهو أولى ممن يدلى بقرابة الام وان اختلف بطن فعند أبى يوسف يعتبر الابدان وعند محمد يعتبر أول بطن اختلف ويقسم المال عليه نحو ماذكرنا حتى اذا ترك بنت بنت عمة لاب وأم وابن بنت عمة لاب وأم فعلى قول أبى يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين هذا بلا خلاف لان الاصول قد اتفقت وان ترك بنت عمة لاب وأم وبنت خالة لاب وام وبنت خالة لاب وبنت خالة لام فابنت العم الثلثان ولبنت الخالة الثلث والكلام فى أعمام الاب لام وعماته وأخواله وخالاته وأعمام الام كاعمامها وعماتها وأخوالها وخالاتها فالحكم فيهم ماذكرنا انه عند الانفراد انه يستحق جميع المال واذا اجتمعوا من جانب الاب أو من جانب الام أو من الجانبين جميعا فلا رواية عن أصحابنا المتقدمين واختلف المشايخ فيه والصحيح ماروى عن الحسن بن زياد وأبى سليمان الجرجانى ان الحكم فيهم كالحكم فى أعمام الميت وأخواله وخالاته حتى انه اذا اجتمع الصنفان يجعل الثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة الأم ثم ما أصاب قرابة الأب يقسم بينهم على حسب ما يقسم بينهم لو انفردوا وفى الذخيرة وهو مما يتصل بهذا الفصل

﴿فصل فى بيان ميراث من له قرابتان من أولاد البنات﴾ اعلم انه اذا اجتمع فى الواحد من أولاد البنات قرابتان وصورة هذا ان يكون لرجل ابنتان لاحدى ابنتيه ابنة وللاخرى ابن فتزوج الابن الابنة بنت الابنة فحدث بينهما ابنة ثم مات الرجل الذى له ابنتان وترك هذه فهذه ابنة ابنة الرجل وهى أيضا ابنة ابن ابنة الرجل وكان لها قرابتان وله ابنة ابنة بنت أخرى لها قرابة واحدة وذكر شيخ الاسلام فى شرحه ان على قول أبى يوسف القسمة على الابدان لا على الآباء وبدنهما متفق فيكون المال بينهما نصفين وعند محمد يقسم على الآباء ويورث من جهتين باعتبار الآباء فيقال بان التى لها قرابة واحدة لها سهم لان أباها أنثى والتى لها قرابتان سهم من رجل لان أباها أنثى وسهمان لان أباها ذكر فصار المال بينهما على أربعة سهمان يسلم لها بلا منازعة وهو ماوصل اليها من جهة أبيها الذكر تنفرد به والسهم الذى وصل اليها من جهة أبيها الانثى يضم الى مافى يد التى لها قرابة واحدة لاتفاق أبيهما فى الانوثة فيصير سهمان باعتبار بدنهما فان ترك ابنة ابنة بنت وهى ابنة ابن ابنة وترك أيضا ابن ابنة ابنة أما عند أبى يوسف فالقسمة على الابدان وأحدهما ذكر والأخرى أنثى وقد استويا فى الدرجة فيكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين على ثلاثة وأما عند محمد يقسم المال على الآباء ثم على الابدان فيقال للذى له قرابة واحدة وهى بنت ابنته سهم لان أباه أنثى وللذى له قرابتان فهى ثلاثة أسهم يسلم لها سهمان بلا منازعة وهو ماوصل اليها من جهة أبيها الذكر وماوصل اليها من جهة أبيها الانثى وذلك سهم لا يسلم لها بل يضم الى مافى يد الذى لها قرابة واحدة وهو سهم فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين على ثلاثة لاتفاق قرابتهما فى هذين السهمين واختلاف أبدانهما وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم ولا موافقة بينهما فى شئ فاضرب أصل الفريضة وذلك أربعة فى ثلاثة فصار اثنى عشر سهما هذا جميع المال ومنه تخرج المسئلة فان التى لها قرابتان كان لها سهمان بلا منازعة ضربناهما فى ثلاثة فصار لها ستة والذى لم يكن يستقيم بينهما مع المنازعة سهمان ضربناهما فى ثلاثة فصار ستة بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان للتى لها قرابتان ثلثها وذلك سهمان لانها أنثى وأربعة للذى لها قرابة واحدة لانه ذكر فحصل للذى لها قرابتان ثمانية ستة بلا منازعة هذا الذى ذكرنا اذا كانت التى لها قرابتان أنثى والتى لها قرابة واحدة أنثى أما عند أبى يوسف فالمال بينهم أثلاثا باعتبار الابدان بينهما فللتى لها قرابتان سهمان لانه ذكر وللتى لها قرابة واحدة سهم لانها أنثى وأما عند محمد القسمة باعتبار الآباء ثم باعتبار الابدان بينهما فيقال للذى له قرابتان ثلاثة أسهم سهمان لان أباه ذكر وسهم لان أباه أنثى وللتى لها قرابة واحدة سهم واحد لان أباها أنثى فحصل للذى له قرابتان ثلاثة أسهم فما وصل الى ذى القرابتين من جهة أبيه الانثى وذلك سهم يضم الى مافى يد الآخر وفى يدها سهم فيكون بينهما باعتبار الابدان على ثلاثة للذكر مثل حظ الانثيين لاتفاق آبائهما واختلاف أبنائهما وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم ولا توافق بينهما فتضرب أصل الفريضة وذلك أربعة فى ثلاثة فيصير اثنى عشر هذا جميع المال ومنه تخرج المسئلة فان ترك ابنة ابنة وهى ابنة ابن ابنة وترك أيضا ابنة ابنة ابنة وترك أيضا ابنة ابن ابنة أخرى فعلى قول أبى يوسف يقسم بينهم باعتبار الابدان على ثلاثة أسهم لان أبدانهم متفقة فان كلهن اناث وأما عند محمد القسمة على الآباء ثم على الابدان فيقال لابنة ابنة البنت التى لها قرابة واحدة سهم لان أباها أنثى ولابنة ابن البنت التى لها قرابة واحدة سهمان لان

اباها

أباها ذكر ولمن لها قرابتان لها ثلاثة أسهم من جهتين سهم من جهة ان أباها أنثى وسهمان من جهة ان أباها ذكر فيكون المال بينهم على ستة باعتبار الآباء ثم الابدان متفق تجيء قسمة أخرى باعتبار الابدان هذه الجملة على هذا الترتيب أوردها شيخ الاسلام فى شرحه وذكر القاضى الامام قول محمد رحمه الله على نحو ماذكر شيخ الاسلام وقال الفرضيون من أهل ماوراء النهر انها ترث بالجهتين عند أبى يوسف قال القاضى الامام وهذا هو الصحيح وهو اختيار القاضى الامام من انه على قول أبى يوسف يقسم المال فى المسئلة الاولى من هذا الفصل بينهما اثلاثا ثلث المال للتى لها قرابتان لانها فى معنى شخصين وعند محمد القسمة على الآباء فان كان مع التى لها قرابتان ابن بنت فعلى قول أبى يوسف رحمه الله على ما اختاره القاضى الامام يقسم المال بينهما نصفان لانه يعتبر بالابدان والتى لها قرابتان بمنزلة ابنتين فيكون المال على أربعة للذكر مثل حظ الانثيين لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم وان كان مع التى لها قرابتان ابنة ابنة ابنة وابن بنت بنت فعند أبى يوسف القسمة على الابدان فيكون المال بينهم اخماسا للتى لها قرابتان سهمان وللابنة سهمان وللابنة الاخرى سهم على الآباء وأما الكلام فى أولادهم وأولاد العمات وأولاد أولاد الاخوال والخالات فنقول أقربهم الى الميت أولى فان استووا فى القرب فعند اتحاد الجهة من كان ذو قرابتين يكون أولى وان اختلفت يقسم المال عليهم على نحو ماذكرنا بيانه من المسائل اذا ترك ابنة خالة وابنة ابن خالة فالميراث لابنة الخالة لانها أقرب بدرجة وكذلك اذا ترك ابنة عمة وابنة ابنة خالة فان ابنة العمة أولى وان كانتا من جهتين مختلفتين لانها أقرب بدرجة وان ترك بنات العم مع ابنة خالة فلبنات العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث وان كان البعض ذا قرابتين فالكلام فيه على نحو ماذكرنا من اتحاد الجهة واختلافها بيانه فيما اذا ترك ثلاثة بنات عمات متفرقات فالمال كله لابنة العمة لاب وأم وكذلك اذا ترك ثلاث بنات خالات متفرقات وان ترك ابنة خالة لاب وأم وابنة عمة لاب وأم فلابنة العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث هذا لان المساواة بينهما يعنى به الاتصال بالميت موجود حقيقة ولكن القرابتان أقوى سببا فعند اتحاد الجهة يجعل الاقوى فى معنى الاقرب وكذلك ينعدم عند اختلاف السبب والجهة ولان توريث ذوى الارحام باعتبار معنى العصوبة وقرابة الاب فى ذلك مقدمة على قرابة الام فجعل قوة السبب كزيادة القرب عند اتحاد الجهة وعند اختلاف الجهة يسقط اعتبار هذا المعنى فان كان أحدهم اولد عصبة وولد صاحب فرض فعند اتحاد الجهة يقدم العصبة وولد صاحب الفرض وعند اختلاف الجهة لا يقدم وتعتبر المساواة فى الاتصال بالميت وهى رواية أبى عمران عن أبى يوسف اما فى ظاهر الرواية يقدم ولد العصبة على ولد صاحب الفرض حتى انه اذا ترك ابنة عم لاب وأم أو لاب وابنة عمة فالمال كله لبنت العم وهذا بلا خلاف لان الجهة هنا اتحدت ولو ترك ابنة عم وابنة خال وخالة فلابنة العم الثلثان ولابنة الخال والخالة الثلث على رواية أبى يوسف ولا تقدم بنت العم لكونها ولد عصبة لان الجهة مختلفة هنا وفى ظاهر الرواية المال كله لابنة العم فيقدم ولد العصبة مع اختلاف الجهة وهذا لان ولد العصبة أقرب اتصالا بوارث الميت فكان أقرب اتصالا بالميت فان قيل فعلى هذا ينبغى ان تكون العمة أحق بجميع المال من الخالة لان العمة ولد العصبة وهو أب الاب والخالة ليست بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض فانها ولد أب الام قلنا الخالة ولد أم الام وهى صاحبة فرض فمن هذا الوجه تتحقق المساواة بينهما فى اتصال الوارث للميت الا ان اتصال الخالة بوارث وهى أم فتستحق فريضة الام واتصال العمة بوارث وهو أب فتستحق نصيب الاب وان كان قوم هؤلاء من قوم الام من بنات الاخوال والخالات وقوم من قبل الام من بنات العمات والاعمام فالمال مقسوم بين الفريقين اثلاثا سواء كان من جانب ذو قرابتين أو كان من أحد الجانبين ذو قرابتين ومن الجانب الآخر ذو قرابة واحدة ثم ما أصاب كل فريق يترجح فيه من كان ذا قرابتين لاب على من قرابته لام لان نصيب كل فريق الاستحقاق له بجهة واحدة وكل واحد منهم اذا انفرد استحق جميع ذلك فعند الاجتماع تراعى قوة السبب بينهم فى ذلك للقرابة فان استووا فى القرابة فالقسمة بينهم على الابدان فى قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الاول وهو قول محمد القسمة على أول من يقع الخلاف به من الآباء بيانه فيما اذا ترك ابن خالة وابنة خالة فالمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا بلا خلاف لان الآباء قد اتفقت وان ترك ابن عمة وابنة عم فان كانت ابنة عم لاب وأم أو لاب فهى أولى لانها ولد عصبة وابن العمة ليس بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض وان كانت بنت العم لام فعلى قول أبى يوسف المال بينهما أثلاثا باعتبار الابدان الثلثان لابن العمة والثلث لبنت العم وعلى قول محمد الثلثان لبنت العم والثلث لابن العمة لام فاذا كان ابن عمة لاب وأم فهو أولى بجميع المال لانه ذو قرابتين وكذلك اذا كان

ابن عمة لاب لانه أداه بقرابة الاب وفى استحقاق معنى العصوبة يقدم قرابة الاب على قرابة الام فان ترك ثلاث بنات أخوال متفرقات وثلاث بنات خالات متفرقات وثلاث بنات عمات متفرقات فالثلثان لبنات العمات ثم نشرح فى ذلك ابن الخالة لاب وأم وابنة الخالة لاب وأم فيكون المال بينهم أثلاثا فى قول أبى يوسف الآخر على اعتبار الابدان لابن الخالة الثلثان ولابنة الخالة الثلث وعلى قول محمد رحمه الله على عكس ذلك فان كان مع هؤلاء ثلاث بنات أعمام متفرقين فالمال كله لابنة العم لاب وأم خاصة لان ابنة العم لاب وابنة العم لام سواء فى ذلك لان كل واحدة منهما ليس بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض وكما ترجح ابنة العم لاب وأم على ابنة العمة لاب أو لام فكذلك يترجح على ابنة العمة لاب فلا يتغير هذا الاستحقاق بكثرة العدد من أحد الجانبين وقلة العدد من الجانب الآخر لان الاستحقاق المدلى به وهو الاب والام وذلك لا يختلف بقلة العدد وكثرته وهو سؤال أبى يوسف على محمد فى أولاد البنات فان هناك لو كان المدلى به هو المعتبر لما اختلفت القسمة بكثرة العدد وقلته كما فى هذا الموضع لان الفرق بينهما لمحمد رحمه الله ان هناك تتعدد الفروع بتعدد المدلى به حكما وهنا لا يتعدد المدلى به حكما لانه انما يتعدد الشئ حكما اذا تصور حقيقة ولا يثبت التعدد حكما بتعدد القرابات وأما الكلام فى أولاد العمات وأولاد الخالات اذا ترك بنت بنت عمة لاب وأم وابن بنت عمة لاب وأم فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بلا خلاف لان الاصول قد اتفقت ترك ابنة عمة لاب وأم وابنة خالة لاب وأم فلابنة العمة الثلثان ولابنت الخالة الثلث وهذا بلا خلاف وكذا اذا ترك بنت ابن عمة لاب وأم وابنة ابنة خالة لاب وأم فلبنت ابن العمة الثلثان ولابنة ابن الخالة الثلث أما الكلام فى أعمام الام وعماتها وأعمام الاب وعماته وأخوال الام وخالاتها اذا ترك الميت خالة لام وارثة لها لخالها وخالتها بمنزلة خاله وخالته فان ترك خالة الام وعمة الام فقد ذكر أبو سليمان الجرجانى عن أصحابنا ان المال بينهما أثلاث ثلثاه للعمة وثلثه للخالة وجعلهما على هذه الرواية بمنزلة خالة الميت وعمته وذكر عيسى بن أبان ان المال كله للعمة وذكر يحيى بن آدم ان المال كله لخالة الام وجه رواية أبى سليمان ان فى توريث هذا النوع المدلى به قائم مقام الميت فعمة الأم بمنزلة عمة الميت وكذلك خالة الام بمنزلة خالة الميت وفى عمة الميت وخالته القسمة بينهما أثلاثا فكذا هذا وان ترك عم الاب وعمة الاب فالمال كله لعم الاب ولو ترك عم الاب وعمته وخال الاب وخالته فالمال كله له اذا انفردا لاب وأم أو لاب لانه عصبة وان كان لام فالمال بينهما أثلاثا على الابدان فى قول أبى يوسف الآخر وعلى المدلى به فى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله وان كان هناك عمة الاب وخالته فعلى رواية أبى يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كما بينا وعلى رواية عيسى بن أبان ويحيى بن آدم المال كله لعمة الاب لانها ولد العصبة وهو ولد أب الأب ولانها تدلى بقرابة الاب وقرابة الاب فى معنى العصوبة مقدم على قرابة الام وان اجتمع الفريقان يعنى عمة الاب وخالة الاب وعمة الأم وخالة الأم لقوم الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم قسمة كل جزء بين كل فريق فى هذا الفصل كما تقدم ولا يختلف الجواب بكون أحدهما ذى قرابتين والآخر ذى قرابة واحدة فى القسمة عند اختلاف الجهة لكن فى نصيب كل فريق يترجح ذو القرابتين والآخر ذو قرابة واحدة على نحو ما بينا فى الفصل المتقدم وان اجتمع عم الاب وعمته وخالة الام وخالها فالمشهور من قول أهل العراق ان نصيب الام وهو الثلث يقسم بين خالتها وخالها على ثلاثة بفضل الذكر على الانثى وان كانتا من أمه لان التسوية بين أولاد الام اذا كانوا يتصلون بالميت وهم أخوة الميت واخواته اذا كانوا لاب وأم اذا كانوا يتصلون بوارث الميت فلا تسوية بل بفضل الذكر على الانثى فى رواية الحسن بن زياد وأبى سليمان الجرجانى ونصيب الاب يقسم بين قرابته أثلاثا وهذا ظاهر ولو اجتمع ثلاثة أخوال متفرقين أم وعم وعمة أب من أم فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق وهم للمورثون من جهتين يقدم من هو لاب ولو ترك خالتى أم وعمتى أم لاب فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق الثلث لخالتى الام والثلثان بين العمتين ويجعل كأن الام ماتت وتركت أبوين فللام الثلث سهم من ثلاثة وللاب الثلثان سهمان من ثلاثة ثم ما أصاب الام فهو لمن يدلى بها وانه لا يستقيم ولما أصاب الاب ينتقل الى من يدلى به وتصح المسئلة من ستة خال أم الاب وأم عمة أم الاب فعلى الرواية المشهورة عن أهل العراق فيجعل كأن الام ماتت عن أبوين ففريضتها من ثلاثة أسهم للام ينتقل الى أختها وسهمان للاب تنتقل الى أخته فتصير فى الحاصل لخالة الام سهم وللاب عم أم الاب سهمان وان ترك ثلاثة أخوال لاب منفردين وثلاث عمات أب متفرقات وثلاثة خالات أم متفرقات فعلى القول المشهور من أهل العراق يجعل كان الام ماتت وتركت أما كان المال لها ثم انها ماتت عن أبوين فقدر نصيبهما

من

من ثلاثة اسهم للام ينتقل ذلك الى أختها لاب وأم وسهمان للام تقسم بين عمة الاب لاب وأم و بين خال الاب لاب وأم على ثلاثة للعمة الثلثان وللخال الثلث وكان هذا الاب أيضا مات وترك أبوين وان هذا للاب وارثا من جهة ابيه ومن جهة أمه فنصيب أمه ينتقل الى العم فانكسر بالاثلاث فيضرب ثلاثة فى ثلاثة تصير تسعة فمنه تصح المسئلة وعلى هذا القياس تخرج هذه المسائل والكلام فى هؤلاء بمنزلة الكلام فى آبائهم وامهاتهم ولكن عند انعدام الاصول فأما عند وجود أحد من الاصول فلا شئ للاولاد كما لا شئ لاحد من أولاد العمات والخالات عند بقاء عمة أو خالة الميت و يتصور فى هذا الجنس شخص له قرابتان بيانه فى امرأة لها أخ لام واخت لاب فتزوج أخوها لامها اختها لابيها وهى أيضا عمتها لاب وأم وولد لهذا الولد ولد ثم مات الثانى فهذه المرأة خالة ابنه لابيه وعمة ابنه لام ثم الجواب فى هذا الفصل على الاختلاف الذى بيناه فى ذى القرابتين فى بنات الاخوة وأولاد الاخوات قال رحمه الله تعالى ﴿والترجيح بقرب الدرجة﴾ يعنى ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد فى كل صنف منهم كما فى العصبات قال رحمه الله ﴿ثم بكون الاصل وارثا﴾ أى اذا استويا فى الدرجة فمن يدلى بوارث أولى من كل صنف لان الوارث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه فى استحقاق الارث فكان من يدلى به أقوى وللقوة تأثير فى التقديم ألا ترى ان بنى الاعيان يقدمون على بنى العلات فى العصوبة لهذا المعنى قال رحمه الله ﴿وعند اختلاف جهة القرابة للاب ضعف قرابة الام﴾ أى اذا كان بعض ذوى الارحام من جهة الاب و بعضهم من جهة الام كان لمن هو من جهة الاب الثلثان ومن هو من جهة الام الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ولان قرابة الآباء أقوى فيكون لها الثلثان والثلث لقرابة الام وهذا لا يتصور فى الفروع وانما يتصور فى الاصول والعمات والخالات قال رحمه الله ﴿وان اتفق الاصول فالقسمة على الابدان﴾ أى اتفقت صفة من يدلون به فى الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها كانت القسمة على ابدانهم حتى تجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والمراد بالاصول المدلى بهم سواء كانوا اصولا لهم أولم يكونوا قال رحمه الله ﴿والا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف﴾ أى ان لم تتفق صفة الاصول يعتبر العدد من الفروع المدلون بهم والصفة من البطن المختلفة فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد من ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذى فى ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والانثى الواحدة اناثا بعدد فروعها وتعطى الفروع ميراث الاصول واذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أول بطن اختلف على الصفة التى ذكرنا ثم تجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما أصاب الذكور يجمع و يقسم على أول بطن اختلف به ذلك وكذا ما أصاب الاناث وهكذا يعمل الى ان ينتهى الى الذين هم أحياء وهذا قول محمد وعند أبى يوسف والحسن بن زياد تعتبر ابدان الفروع سواء اتفقت صفة الاصول فى الذكورة والانوثة أو اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر تعتبر الجهتان والجهات فيرث بكل جهة غير أن أبا يوسف يعتبرها فى الفروع ومحمد رحمه الله فى الاصول بخلاف الجدة حين لا ترث الا بجهة واحدة عند أبى يوسف وذو الرحم يرث بالجهتين عنده فى الصحيح والفرق له على هذه الرواية ان الجدة تستحق الارث باسم الجدة والاسم لا يختلف بينهن وارث ذوى الارحام ثم بالقرابة فيتعدد بتعددها وقول محمد أصح فى ذوى الارحام جميعا وهو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة قال رحمه الله ﴿والفروض نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس﴾ أى الفروض المقدرة فى كتاب الله هذه الستة وهى نوعان على التنصيف ان بدأت بالاكثر والتضعيف ان بدأت بالاقل فتقول النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفه ونصف نصفه أو تقول الثمن وضعفه وضعف ضعفه والسدس وضعفه وضعف ضعفه قال رحمه الله ﴿ومخارجها اثنان النصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنا عشر وأربعة وعشرون بالاختلاط﴾ أى مخارج هذه الفروض لا تخلو اما أن يجىء كل فريق منها منفردا أو مختلطا بغيره فان جاء منفردا فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذى يشاركه فى الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس له سمى وذلك مثل الثمن من ثمانية والسدس من ستة والثلث من ثلاثة والربع من أربعة وان جاء مختلطا بغيره فلا يخلو اما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالآخر فان اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا لجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج الثمن أو الستة مخرج السدس وان اختلط أحد النوعين بالنوع الآخر فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما واذا أردت معرفة ذلك انظر مخرج كل واحد من الفريقين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة أولا فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر وان لم يكن بينهما موافقة فجميع أحدهما فى جميع الآخر فالمبلغ مخرج الفرضين ثم اذا اختلط النصف الاول بكل من الثانى أو ببعضه فهو من ستة لان بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما

فى جميع الآخر يبلغ ستة واذا اختلط الربع من الاول بكل الثانى أو ببعضه فهومن اثنى عشر لان مخرج الربع وهو الاربعة موافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف فاذاضربت وفق أحدهما فى جميع الآخر يبلغ ثنى عشر ومنه يخرج الجواب وان كان المختلط به الثلث والثلثان فلاموافقة بينهما فاضرب ثلاثة فى ثمانية تبلغ أربعة وعشرين فمنه مخرج الجواب فصارت جملة المخارج سبعة ولايجتمع أكثر من أربعة فروض فى مسئلة واحدة ولايجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف ولاينكسر على أكثر من أربع طوائف قال رحمه الله ﴿وتعول بزيادة﴾ أى تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخرج اذا اجتمع فى مخرج فروض كثيرة بحيث لاتكفى أجزاء المخرج لذلك فيحتاج الى العول فى زيادة من أجزاء المخرج فترتفع عنه المسئلة والعول الميل والجور يقال عال الحاكم فى حكمه اذامال وجار ومنه قوله تعالى ذلك أدنى أن لاتعولوا والمراد بالعول عول بعضها لان كلها لاتعول وانما تعول ثلاثة منها الستة واثناعشر وأربعة وعشرون والاربعة الأخر لاتعول قال رحمه الله ﴿فستة تعول الى عشرة وتراوشفعا﴾ ويريد بالوتر السبعة والتسعة وبالشفع الثمانية والعشرة مثال عولها الى السبعة زوجة وأختان لابوين أولاب أو زوج وأم وأخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم أوزوج وثلاث أخوات متفرقات أوزوج وأم وأختان من أب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب ومثال عولها الى عشرة زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم أم قال رحمه الله ﴿واثناعشر الى سبعة عشر وترا﴾ أى اثناعشر تعول الى سبعة عشر وترا لاشفعا والمراد بالوتر ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر فمثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وأم أوزوجة وأختان لابوين وأخت لام ومثال عولها الى خمسة عشر زوج و بنتان وأبوان ومثال عولها الى سبعة عشر أربع أخوات لام وثمان أخوات لابوين وجدتان وثلاث زوجات قال رحمه الله ﴿وأربعة وعشرون الى سبعة وعشرين﴾ أى أربعة وعشرون تعول الى سبعة وعشرين ومافيها الاعولة واحدة وهى المنبرية وتسمى السبعية وهى زوجة و بنتان وأبوان سميت بذلك لان عليا رضى الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال عاد ثمنها تسعا مرتجلا ومضى فى خطبته ولاتعول الى أكثر من ذلك الا عند ابن مسعود رضى الله عنه فانها تعول عنده الى أحد وثلاثين فيما اذاترك امرأة وأختين لام وأختين لاب وابنا كافرا ورقيقا أوقاتلا لان من أصله ان المحروم يحجب نقصانا دون الحرمان فيكون للمرأة الثمن عنده وللام السدس وللاختين لاب الثلثان وللاختين لام الثلث ومجموع ذلك احدوثلاثون فاذافرغنا من ذلك احتجنا الى التصحيح ولابد للتصحيح من معرفة أربعة أشياء التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين ليتمكن من العمل فى التصحيح فنقول ان كان أحد العددين مماثلا للآخر فهى المماثلة فيكتفى بضرب أحدهما عن الاخر وان لم يكن مماثلاله فان كان الاقل جزء الاكثر فهى المتداخلة وان لم يكن له جزء فان توافقا فى جزء فهى الموافقة وان لم يتوافقا فى جزء فهى المباينة ولايخلو عددان اجتمعا من أحد هذه الاحوال الاربعة لانهما امان يتساويا أولا فان تساويا فهى المماثلة وامان لايتساويا فلايخلوا امان يكون الاقل جزء الاكثر فان كان جزأله فهى المتداخلة والافهى المباينة و بيان كل واحدة مذكور فى المطولات وهذه الاربعة كلها جارية بين الرؤس والرؤس وكذا بين الرؤس والسهام الاالمتداخلة فان العمل فيها كالموافقة اذا كانت الرؤس أكثر وكالمماثلة اذا كانت السهام أكثر لانها تنقسم عليهم كماتنقسم المماثلة وفائدة التصحيح بيان كيفية العمل فى القسمة بين المستحقين من أقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل من الكسر وهذا سمى تصحيحا قال رحمه الله ﴿فان انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد فى الفريضة ان وافق﴾ أى اذا انكسر نصيب طائفة من الورثة ينظر بين رؤسهم وسهامهم فان كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم فى الفريضة وهى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فالمبلغ تصحيح كجدة وأخت لام وعشرين أخالاب فأصلها من ستة فللجدة سهم وكذا الاخت لام وللاخوات لاب أربعة لاتنقسم عليهن وتوافق رؤسهم بالربع فاضرب ربع رؤسهن وهو خمسة فى أصل المسئلة وهو ستة تبلغ ثلاثين فمنها تصح قال رحمه الله ﴿والا فالعدد فى الفريضة فالمبلغ مخرجه﴾ أى ان لم توافق الرؤس السهام فاضرب عدد الرؤس فى سهام الفريضة وهى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح فى المسئلتين أى فى المباينة والموافقة وقدذكرنا مثال الموافقة ومثال المباينة زوج وسبع أخوات لاب أصلها من ستة وتعول الى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللاخوات الثلثان أربعة فلاينقسم عليهن ولايوافق فاضرب رؤسهن فى الفريضة تبلغ تسعة وأربعين فمنها تصح قال رحمه الله ﴿وان تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد﴾ أى اذا انكسر على أكثر

من

من طائفة واحدة وتماثل اعداد رؤس المنكسر عليهم يضرب فريق واحد فى أصل المسئلة وعولها ان كانت فما بلغ من الضرب فهو تصحيح المسئلة مثاله ست أخوات لاب وأم وثلاث اخوات لام وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات لاب وأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ثلاثة وللاخوات لام الثلث سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد متماثلة فاضرب واحدا منهم فى الفريضة تبلغ احدى وعشرين فمنها تصح ولو كان بعض الاعداد متماثلة دون البعض ضرب رؤس فريق واحد من المتماثلين فى عدد رؤس الفريق المباين لهم أو فى وفقه ان وافق فما بلغ ضربته فى الفريضة فما بلغ صحت منه المسئلة مثاله لو كان عدد الاخوات خمسا مثلا فى المثال المذكور والمسئلة بحالها ضربت ثلاثة ٧ فى خمسة تبلغ خمسة عشر ثم اضرب خمسة عشر فى الفريضة وهى سبعة تبلغ مائة وسبعة ومنها تصح ولو كان المباين أكثر من طائفة واحدة يضرب ما بلغ من الضرب الاول فيه وفى وفقه ثم ما بلغ فى الفريضة فما بلغ تصح منه المسئلة مثاله أربع زوجات وخمس أخوات لام وثلاث جدات وثلاث أخوات لاب أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فلا ينقسم على الكل ولا يوافق فعدد الاخوات لاب مماثل الجدات فتكتفى باحدهما فتضرب ثلاثة فى أربعة تبلغ اثنى عشر ثم فى خمسة فتبلغ ستين ثم تضرب الستين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ ألفا وعشرين فمنها تصح المسئلة قال رحمه الله ﴿فان توافق فالوفق والا فالعدد فى العدد ثم وثم جميع المبلغ فى الفريضة وعولها﴾ أى اذا توافق بين اعداد الرؤس فاضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر ثم اضرب ما بلغ فى وفق الثالثة ان وافق المبلغ الثالث وان لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضربه فى الفريضة فما بلغ تصح منه المسئلة ولو كان فريق رابع ضرب فيه ما بلغ من ضرب الرؤس فى الرؤس ان لم يوافقه وان وافقه ففى الوفق ثم ما بلغ فى أصل المسئلة فما بلغ منه تصح المسئلة فمثال الموافقة أربع زوجات وثمانية عشر أختا لام واثنا عشر جدة وخمسة عشر أختا لاب أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللاخوات لام الثلث أربعة لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف تسعة وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ستة وللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا ينقسم عليهن ولا يوافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث احداهما فى جميع الآخر تبلغ تسعين ثم ما بين التسعين والاربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف احدهما فى جميع الآخر تبلغ مائة وثمانين ثم اضرب المائة والثمانين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ ثلاثة آلاف وستين فمنها تصح المسئلة ومثال المباينة خمس أخوات لاب وثلاث أخوات لام وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللاخوات للاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات السدس سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق فالخمسة لا توافق فاضرب احدهما فى الأخرى تبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب أحدهما فى الأخرى تبلغ ستين والستين لا توافق السبعة فاضرب أحدهما فى الأخرى تبلغ أربعمائة وعشرين ثم اضرب أربعمائة وعشرين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح وله طرق أخر مذكورة فى المطولات قال رحمه الله ﴿وما فرض يرد على ذوى الفروض بقدر فروضهم الا على الزوجين﴾ أى يرد ما فضل من فرض ذوى الفروض اذا لم يكن فى الورثة عصبة فلو كان فيهم فالفاضل بعد الفروض للعصبة الا على الزوجين فانه لا يرد عليهما وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعى رحمهما الله وقال عثمان بن عفان يرد على الزوجين أيضا ولنا قوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله وهو الميراث فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين الا فيما ثبت لهم بالنص وكان ينبغى ان يكون ذلك لجميع ذوى الارحام لاستوائهم فى هذا الاسم الا ان أصحاب الفرائض قدموا على غيرهم من ذوى الارحام لقوة قرابتهم ألا ترى انهم يقدمون فى الارث فكانوا أحق به ومن حيث السنة ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده فقال يا رسول الله ان لى مالا ولا يرثنى الا ابنتى الحديث ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حصر الميراث على ابنته ولولا ان الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقره على الخطأ لا سيما فى مواضع الحاجة الى البيان وكذا روى ان امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله انى تصدقت على أمى بجارية فماتت أمى وبقيت الجارية فقال وجب أجرك ورجعت اليك فى الميراث فجعل الجارية راجعة اليها بحكم الميراث وهذا هو الرد ولان أصحاب الفرائض ساووا الناس كلهم وترجحوا

بالقرابة فيرجحون بذلك على المسلمين ومسائل الباب أربعة أقسام ان يكونوا جنسا واحدا أو أكثر عند عدم من لا يرد عليه أو عند وجوده فلا تخرج مسائله عن هذه الاربعة على ما يجىء فى أثناء البحث قال رحمه الله ﴿فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من رؤسهم كبنتين أو أختين﴾ لانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا كابنتين وأخوين فيجعل المال بينهما نصفين وكذا الجدتان لما ذكرنا والمراد بالاختين ان يكونا من جنس واحد بان يكون كلاهما لام أولاب أولابوين قال رحمه الله ﴿والا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث﴾ أى ان لم يكن من يرد عليه جنسا واحدا بان كانا جنسين تجعل المسئلة من سهامهم فتجعل من اثنين لو اجتمعا سدسان كجدة وأخت لام أو من ثلاثة اذا اجتمع نصف وسدس كام أو جدة مع من يستحق الثلثين من الاناث أو أختين لاب أو ثلاث أخوات متفرقات أو أم وأخت لام وأخت لاب أو نصف وثلث لام وأخت لاب أو أخوين لام أو أخت لابوين أو لاب ولا يتصوران يجتمع فى باب الرد أكثر من ثلاث طوائف فاذا جعلت المسئلة من سهامهم تحقق رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما أحدهما ان يكونوا جنسا واحدا والآخر أكثر من ذلك فيما اذا لم يختلط بهم من لا يرد عليهم وبقى النوعان الآخران وهما اذا اختلط بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه قال رحمه الله ﴿ولو مع الاول من لا يرد عليه أعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقى على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات﴾ أى لو كان مع الاول وهو ما اذا كانوا جنسا واحدا من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين أعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقى على رؤس من يرد عليه ان استقام الباقى عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فأعطه من أقل مخارجه الربع وهو أربعة فاذا أخذ ربعه وهو سهم بقى ثلاثة أسهم فاستقام على رؤس البنات قال رحمه الله ﴿وان لم يستقم فان وافق رؤسهم﴾ كزوج وثلاث بنات أى لو كان مع الاول وهو ما اذا كان جنسا واحدا من يرد عليه ان استقام الباقى عليهن كزوج وثلاث بنات فاضرب وفق رؤسهم ﴿فى مخرج فرض من لا يرد عليه والا فاضرب كل عدد رؤسهم فى مخرج فرض من لا يرد عليه﴾ على عدد رؤس من يرد عليه ﴿كزوج وخمس بنات﴾ أى ان لم يستقم الباقى بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤس من يرد عليه ينظر فان كان بين الباقى من فرض من لا يرد عليه وبين رؤسهم موافقة ﴿فاضرب وفق رؤسهم فى مخرج فرض من لا يرد عليه﴾ كزوج وست بنات فان بينهما موافقة فى الثلث فرد رؤسهم الى اثنين ثم اضرب به فى أربعة وان لم يوافق الباقى رؤسهم كزوج وخمس بنات فانه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤسهن وهو الخمسة فى أربعة فالمبلغ فى الوجهين تصحيح المسئلة فتصح فى الاول من ثمانية وفى الوجه الثانى من عشرين لانك فى الاول ضربت اثنين فى أربعة وفى الثانى خمسة فى أربعة فيأخذ الزوج فى الاول سهمين يبقى ستة فلكل واحدة من البنات سهم ويأخذ فى الثمانية خمسة فيقسم الباقى على خمسة يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم قال رحمه الله ﴿ولو مع الثانى من لا يرد عليه﴾ المراد بالثانى ان يكون طائفتان أو أكثر أى لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يرد عليه قال رحمه الله ﴿فاقسم ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه﴾ وهو سهامهم على ما بينا ﴿كزوجة وأربع جدات وست أخوات لأم﴾ للزوجة الربع فاعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة يبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة لان سهامهن ثلاثة قال رحمه الله ﴿وان لم يستقم فاضرب سهام من يرد عليه فى مخرج فرض من لا يرد عليه كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات﴾ أى ان لم يستقم الباقى من فرض من لا يرد عليه على سهام من يرد عليه أى على مسألتهم فاضرب سهام من يرد عليه فى مخرج فرض من لا يرد عليه فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر وهذا الضرب لبيان مخرج فرض الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقى من فرض من لا يرد عليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة فى الثمانية تبلغ أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن خمسة والباقى لمن يرد عليه قال رحمه الله ﴿ثم اضرب سهام من لا يرد عليه فى مسئلة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه﴾ وهذا لبيان طريقة معرفة سهام كل فريق من هذا المبلغ فاذا أردت معرفة سهام الزوجات فى المثال الذى ضربته فاضرب سهمين فى خمسة فهو نصيبهن واذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن فى خمسة وهو أربعة فيما بقى من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن وللجدات سهم مضروب فى سبعة بسبعة وأما ان كان الضرب على ما ذكر لان الخمسة لما ضربت فى الثمانية وجب ان يضرب سهام كل فريق من الثمانية فى الخمسة

للزوجات واحد من الثمانية والباقي لمن يرد عليه وهو سبعة فتضرب في الخمسة فتبلغ خمسة وثلاثين فصارت السبعة مضروبة في الخمسة بالنسبة الى أصل مسئلة من يرد عليه لان كل من له شئ من الثمانية مضروب في خمسة وكذا الخمسة مضروبة في نصيب كل واحد من الثمانية لان عدد كل ضرب في عدد يكون كل واحد منهما مضروبا ومضروبا فيه وهذا غير العبارة بقوله وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه لا لتغير العمل فاذا عرف فروض الفريقين بما ذكر يحتاج الى معرفة التصحيح ولهذا بينه قال رحمه الله ﴿واذا انكسر فصحح كما مر﴾ أي اذا انكسر على البعض أو على الكل فصحح المسئلة بالطريق المذكورة في التصحيح لان السهام اذا لم تنقسم على أربابها احتيج الى التصحيح وما ذكر في هذا الباب من الضرب لم يكن الا ليخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه وممن لا يرد عليه من عدد واحد كما ذكرنا من مخارج السهام لا لتصحيح المسئلة عليهم وقد ذكرنا طريق التصحيح وطريق معرفة سهام كل واحد من آحاد الفريق فلا نعيده والمثال الاول الذى ذكره المصنف وهو زوجة وأربع جدات وست أخوات لام وتصح من ثمانية وأربعين والمثال الثانى وهو أربع زوجات وتسع بنات وست جدات تصح من ألف وأربعمائة وأربعين قال رحمه الله ﴿وان مات البعض قبل القسمة﴾ أي اذا مات بعض الورثة قبل القسمة ويسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الازالة يقال نسخت الشمس الظل أي ازالته ونسخت الكتاب واستعماله فيما اذا صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة لما فيه من نقل العمل والتصحيح الى الفريضة الثانية قال رحمه الله ﴿فصحح مسئلة الميت الاول وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسئلة الميت الثانى وانظر بين ما في يده من التصحيح الاول وهو نصيب الميت الاول وبين التصحيح الثانى ثلاثة أحوال﴾ أي التوافق والتباين والاستقامة ﴿فان استقام ما في يده من التصحيح الاول فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسئلة الميت الاول﴾ أي صحت الفريضتان فريضة الميت الاول والثانى مما صحت منه الاولى ﴿وان لم تستقم فان كان بينهما موافقة﴾ أي بين ما في يده وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهو التصحيح الثانى ﴿فاضرب وفق التصحيح الثانى في كل التصحيح الاول وان كان بينهما مباينة﴾ أي بين ما في يده وفريضته وبين التصحيح الثانى ﴿فاضرب كل التصحيح الثانى في التصحيح الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين﴾ أي ما يبلغ من الضرب لتصحيح الفريضتين فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثانى فلا ينظر بين السهام والرؤس في الاحوال الثلاثة في تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى اذا انقسم ما في يده على فريضته لا حاجة الى الضرب كما اذا انقسم نصيب الفريق من أصل المسئلة على رؤسهم وان لم ينقسم فان وافق تضرب وفق فريضته وان لم يوافق تضرب كل الفريضة الثانية في الفريضة الاولى كما في الرؤس فاذا عرف ذلك يحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الاول والثانى بالطريق المذكور في التصحيح وقد بيناه في المختصر قال رحمه الله ﴿واضرب سهام ورثة الميت الاول في التصحيح الثانى أو في وفقه﴾ أي نصيبه ﴿وسهام ورثة الميت الثانى في نصيب الميت الثانى أو في وفقه﴾ في الفريضة الاولى فان كان فيهم من يرث من الميتين ضربته من الاولى في الفريضة الثانية أو في وفقها مضروب في الاولى فنصيب كل واحد لا يكون مضروبا ضرورة فلذلك وجب ضربه فيه وكان ينبغى ان يضرب نصيب الميت الثانى وهو الذى في يده الثانية أو في وفقها لانه من جملة ورثة الميت الاول الا أن نصيبه لما صار ميراثا كان مستحقا لورثته وكان مقسوما بينهم فاستغنى عن ذلك بضرب نصيب كل واحد من ورثته فيما في يده أو في وفق ما في يده وهو نظير ما ذكر في الرد أن سهام من لا يرد عليه تضرب في سهام من يرد عليه وسهام من يرد عليه تضرب فيما بقي من فروض من لا يرد عليه ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثانى مقام الاول والثانى في العمل فلو مات رابع فاجعل الثالث مقام الاول والرابع مقام الثالث وهكذا كل ما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانى والمبلغ الذى قبل مقام الاول الى ما لا يتناهى هذا اذا مات الثانى وخلف ورثة غير من كان معه ميراث الميت الاول أو كانوا هم بعينهم ولكن جهة ارثهم من الميتين مختلفة وان كانوا هم بعينهم ولم يختلف غيرهم من الورثة وجهة ارثهم من الميتين متحدة ألغيت جميع ما مات قبل القسمة وصحت فريضة الميت الآخر فكانه لم يمت الا هو ولم يكن وارث غير ورثته وهذا النوع يسمى المناسخ الناقص قال رحمه الله ﴿ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من أصل المسئلة فيما ضربته في أصل المسئلة﴾ أي يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من أصل المسئلة في مبلغ الرؤس وهو المضروب في الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وقد بيناه من قبل في موضعه معناه لو ترك زوجة وعشرين بنتا وأما فللزوجة ثلاثة ولكل من الاب والام أربعة وللبنات ستة

عشروهن عشرون لاتنقسم عليهن لكن بين سهامهم ورؤسهن موافقة بالربع فتضرب وفق رؤسهن وهو خمسة فى سبعة وعشرين تبلغ مائة وخمسة وثلاثين فهذه هى جزء السهم وهى وفق الرؤس فللزوجة ثلاثة مضروبة فى خمسة وعشرين تبلغ ثمانين فهنا قد ضربت مالكل فريق من التصحيح فيما ضربته فى أصل المسئلة وهو وفق الرؤس قال رحمه الله ﴿وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من أصل المسئلة الى عدد رؤسهم مفردا ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد﴾ أى يعرف نصيب كل واحد من أفراد الفريق بان تناسب سهام جميع الفرق من أصل المسئلة الى عدد رؤس ذلك الفريق فما وجد بنسبته أعطى لكل واحد من آحاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم ومعنى قوله مفردا أى ينسب الى فريق واحد من غيرهم فريق آخر عند النسبة وهذه المسئلة والتى قبلها موضعهما باب التصحيح وقد ذكرناهما هناك وطريقا آخر فلا نعيدها قال رحمه الله ﴿وان أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء فاضرب سهام كل فريق وارث من التصحيح فى كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح وكذا الدين﴾ بان تضرب دين كل غريم فى التركة وتقسم الخارج على مجموع الدين وهذا اذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة وان كان بينهما موافقة فاضرب نصيب كل واحد من الورثة ودين كل غريم فى وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث أو الدين لانه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح وهذا مبنى على قاعدة ممهدة فى الحساب وهى انه متى اجتمع أربعة أعداد متناسبة وكان نسبة الاول الى الثانى كنسبة الثالث الى الرابع وعلم من تلك الاعداد ثلاثة وجهل واحد أمكن استخراج المجهول وفيما نحن فيه اجتمع أربعة أعداد متناسبة أولها سهام كل وارث من التصحيح وثانيها التصحيح وثالثها الحاصل لكل وارث من التركة ورابعها جميع التركة لان نسبة السهام الى التصحيح كنسبة الحاصل من التركة الى جميع التركة والثالث مجهول والباقى معلوم فاذا ضربت الطرف فى الطرف كان كضرب الثانى فى الثالث فكذلك اذا قسمت المبلغ على الثانى خرج الثالث ضرورة ان كل مقدار تركب من ضرب عدد اذا قسم على أحد العددين خرج الآخر كخمسة عشر مثلا لما تركبت من ضرب ثلاثة فى خمسة اذا قسمتها على ثلاثة خرج خمسة واذا قسمتها على خمسة خرج ثلاثة وهذه القاعدة هى الاصل فى معرفة نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق فاذا اجتمع هناك أيضا أربعة أعداد متناسبة نصيب الفريق من أصل المسئلة وعدد الفريق الحاصل من أصل المسئلة وعدد الفريق الحاصل لكل واحد من آحاد الفريق من التصحيح ومبلغ الرؤس نسبة نصيب الفريق من أصل المبلغ الى عددهم كنسبة الحاصل الى التصحيح لكل واحد الى مبلغ الرؤس وهو المضروب فى أصل المسئلة والثالث مجهول والباقى معلوم ويستخرج المجهول فى مثل هذا بالطرق المذكورة فى التصحيح وكذا العمل فى قضاء الدين اذا كانت التركة لاتفى به فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فتطلب الموافقة بين مجموع الدين وبين التركة ثم العمل فيه على ما بينا قال رحمه الله ﴿ومن صالح من الورثة على شئ فاجعله كان لم يكن واقسم مابقى على سهام من بقى﴾ لان المصالح لما أعطوه جعل مستوفيا نصيبه من العين وبقى الباقى مقسوما على سهامهم وقوله فاجعله كان لم يكن فيه نظر لانه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كان لم يكن بل يجعل كأنه مستوف نصيبه ولم يستوف الباقون انصباءهم ألا ترى ان المرأة اذا ماتت وخلفت زوجا وأما وعما فصالح الزوج على مافى ذمته من المهر يقسم الباقى من التركة بين الام والعم أثلاثا للام سهمان وسهم للعم ولو جعل الزوج كان لم يكن لكان للام سهم لانه الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لانه الباقى بعد الفروض ولكن تأخذ هى ثلث الكل وهو سهمان من ستة فللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه بأخذ بدله بقى السدس وهو سهم للعم وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاثة أخوات متفرقات وزوجا فصالحت الاخت لاب وأم وخرجت من البين كان الباقى بينهم أخماسا ثلاثة للزوج وسهم للاخت للام وسهم للاخت لاب على ما كان لهم من ثمانية لان أصلها ستة وتعول الى ثمانية فاذا استوفت الاخت نصيبها وهو ثلاثة بقى خمسة ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ستة وبقى سهم للعصبة

وهذا آخر ماتيسر تأليفه بحمد الله وعونه وحسن توفيقه فى هذا الكتاب وأسأل الله العظيم أن ينفع به جميع الطلاب ومن نظر فيه من المحبين والاصحاب وأن يمن علينا بعفوه ويدخلنا دار السلام بكرمه وحلمه وجوده ولطفه من غير مشقة ولا حساب ولا عقاب ولا معاتبة ولا مناقشة ولا عتاب وأن يختم لنا بخير ويجعل لنا الجنة دارا ومآب وأن يجعل مقرنا بأعلى الدرجات ويبلغنا

اقصى

أقصى المرادات بحرمة محمد صلى الله عليه وسلم سيد السادات وأن يشفع فينا نبيه المصطفى ويحشرنا فى زمرة من لم يعامله بمشقة ولا جفا آمين والله تعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ يقول راجى غفران المساوى رئيس لجنة التصحيح محمد الزهرى الغمراوى ﴾

نحمدك اللهم أتممت علينا نعمك ظاهرا وباطنا وأكرمت هذه الأمة بتتميم معالم دينها وجعلت فيهم أئمة كل منهم ينطق بالحق معلنا ونسألك دوام الصلاة والتسليم على امام المرسلين وخاتم النبيين سيدنا محمد المبعوث بالهداية العامة والكرامة التامة وعلى آله خير آل وأصحابه ذوى الفضل والكمال (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع تكملة الامام المحقق والعلامة المدقق الشيخ محمد ابن حسين بن على الشهير بالطورى رحمه الله وأثابه رضاه للبحر الرائق شرح كنز الدقائق وهى الجزء الثامن لهذا الكتاب فكمل بها روضه الفائق وزها ثمره وطاب وأصبح آخذا من الكمال التمام وضوء شمسه زال عن أفقها الغمام ولا عجب ان التقط من البحر الدرر وسعى سعيه فى انتقائه من الجواهر الغرر فقد أطال النفس فى التحقيق واستوعب مسالك المناقشات والتدقيق ولكن يوجد فى بعض تراكيبه نوع عقاده توجب للواقف تأخير الاستفاده فاحصرنا نسخة خطية لعلنا بها ندرك الأمنيه فتعاصت علينا بعض تلك العبارات فنبهنا على بعضها بحواش من التعليقات وبعضها بعلامة ٧ هنديه فجاء الكتاب على مايرام من حسن العناية والدقة فى تصحيحه على حسب ما يمكن من الرعاية وذلك بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمحروسة مصر الغرا مصححا بمعرفة لجنة التصحيح بتلك المطبعة فى شهر صفر سنة ١٣٣٤ هجرية على صاحبها أفضل الصلاة وأتم التحية آمين



﴿ فهرست الجزء الثامن تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة الطوري رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾



